

A CURA DI
ANDREA ALLAMPRESE
SILVIA BORELLI
GIOVANNI ORLANDINI



DELOCA LIZZAZIONE

**UN VECCHIO PROBLEMA
ALLA RICERCA
DI NUOVE RISPOSTE**

prefazione di
**MARIA GRAZIA
GABRIELLI**

Delocalizzazioni transfrontaliere
di imprese e parti di imprese nella Repubblica Federale
di Germania
di Wolfgang Däubler

1. *Quadro economico*

1.1. *Internazionalizzazione dell'economia tedesca*

L'economia tedesca si profila come altamente internazionalizzata; ciò in conseguenza non solo dell'importazione e dell'esportazione di merci, ma anche del gran numero di investimenti diretti in altri Paesi (ossia le partecipazioni pari almeno al 25%). Stando ai rilievi della Deutsche Bundesbank, già nel 2016 si contavano 27.594 società estere (co)controllate da investitori tedeschi. Tali imprese impiegavano 5.272 milioni di dipendenti e generavano un volume d'affari di oltre 2.000 miliardi di euro. Alla fine del 2021, gli investimenti diretti esteri da parte delle imprese tedesche hanno totalizzato 1.426 miliardi di euro, a fronte di soli 615 miliardi di investimenti diretti esteri in Germania (Bundesbank, 2023).

Nel giugno 2017 inoltre 3,47 milioni di lavoratori stranieri erano occupati in totale nella Repubblica Federale Tedesca (BfA, 2017). Nel settembre 2020 tale cifra era salita a 4,36 milioni, pari al 12,9 per cento del totale dei lavoratori soggetti ai contributi previdenziali nella Repubblica federale tedesca (BfA, n.d.). Nel marzo 2023 c'è stato un ulteriore incremento fino a 5,21 milioni (Arbeitsagentur 2023).

Questi dati mostrano chiaramente il grado di integrazione internazionale dell'economia tedesca, ma non forniscono indica-

zioni circa il numero degli investimenti diretti tedeschi all'estero – o degli investimenti diretti esteri in Germania – contabilizzati come “delocalizzazioni”. Resta inoltre da stabilire in che misura i lavoratori stranieri siano stati inviati in Germania nel contesto di una delocalizzazione o siano semplicemente immigrati, ad esempio lavoratori Ue che si avvalgono della libertà di circolazione. Anche se le delocalizzazioni hanno rappresentato solo una piccola parte del totale dei processi di internazionalizzazione, la loro grandezza quantitativa è stata comunque ragguardevole.

1.2. *Motivi a monte degli investimenti all'estero*

Sono vari i motivi per cui un'azienda tedesca può decidere di investire all'estero. Le ragioni più importanti vanno individuate nei costi di produzione inferiori e segnatamente nei livelli salariali più bassi. Inoltre, spesso si cerca una maggiore vicinanza a un dato mercato: chiunque abbia «gli stivali sul terreno» è in grado di collocarsi sul mercato più facilmente e talvolta di pubblicizzare i propri prodotti con l'etichettatura «fatto nel Paese X».

Il 50% delle delocalizzazioni tedesche sono destinate ai Paesi dell'Europa orientale; di questo 50%, il 23% riguarda la Repubblica Ceca e il 12% l'Ungheria. La Cina rappresenta il 27% del totale, mentre gli “altri” mercati totalizzano un 23%, con i Paesi dell'America Latina che rappresentano la maggior parte di tale quota (PA Consulting Group, 2005).

Da tempo è diffusa la consapevolezza che il trasferimento di imprese o di determinate funzioni aziendali all'estero non solo offre l'opportunità di ridurre al minimo i costi, ma comporta anche dei rischi. Esempi di questi rischi includono problemi di coordinamento tra le unità aziendali, una qualità inferiore dei prodotti o il fatto che i costi salariali possono aumentare notevolmente anche nel Paese ospitante (come è avvenuto specie in Cina)¹.

¹ Cfr. Kinkel 1996, per una trattazione dell'argomento ancora attuale, e Scarcelli 2017, per uno studio svizzero in un filone simile.

2. *Forme di delocalizzazione*

2.1. *Trasferimenti di imprese ed altre configurazioni*

Di norma, quando si parla di delocalizzazione non si intende lo smantellamento di uno stabilimento, o parte di esso, in Germania e la sua ricostruzione in modo identico nel nuovo sito, ad es. nella Repubblica Ceca. Piuttosto, si tratta di trasferire una determinata funzione, come la «creazione del prodotto finale» o la «produzione del componente X» o le «vendite», che viene svolta nella nuova sede, con la contestuale chiusura delle attività corrispondenti o di parti di esse in Germania. A seconda del settore, il trasporto dei macchinari e la messa in esercizio di pari organizzazione possono essere molto onerosi. Costituire un'azienda all'estero *ex novo* ha il vantaggio di poter rimediare *ab origine* ai problemi già noti, e tali aggiustamenti possono essere operati più efficacemente alle condizioni del Paese ospitante. Inoltre, solitamente i dipendenti non mostrano alcun entusiasmo nel trasferire la loro residenza principale in un altro Paese: magari viaggiano in tanti Paesi per turismo, ma non sono disposti a trasferirsi in via permanente o per molti anni in un ambiente diverso, soprattutto se ciò comporta l'apprendimento di una nuova lingua².

Eccezioni a tale regola generale possono individuarsi in singole fattispecie, in particolare in zone di confine, allorché la sede di lavoro nell'altro Paese può essere raggiunta pendolarmente dai dipendenti dal proprio luogo di residenza abituale con il minimo sforzo. Tre casi di questo genere sono documentati in precedenti decisioni dei tribunali tedeschi: due delocalizzazioni di imprese riuscite rispettivamente in Svizzera e Austria e un altro trasferimento in Francia fallito a causa della resistenza del personale.

2.1.1. *Trasferimento di impresa in Svizzera*

Nel primo caso, il datore di lavoro in una località del Baden del Sud aveva alle sue dipendenze 30 collaboratori. Ventidue di

² I distacchi all'estero coinvolgono per lo più dirigenti e personale specializzato piuttosto che l'intera forza lavoro (Globalization Partners, 2021).

questi si occupavano della produzione e della commercializzazione di valvole a farfalla, principalmente per l'industria farmaceutica (da qui in avanti Area business V)³. La società datrice apparteneva a un gruppo con sede in Svizzera. Nell'ottobre 2008, i vertici del gruppo informavano il consiglio di amministrazione della società che le operazioni dell'Area business V sarebbero state interrotte. Venti dei dipendenti che vi lavoravano venivano licenziati all'istante. La società alienava quindi l'impianto, i macchinari e gli strumenti utilizzati per la produzione e l'assemblaggio nell'Area business V a una società svizzera facente parte del medesimo gruppo. Nel dicembre 2008 questi venivano disassemblati e trasportati presso l'acquirente svizzero, quindi rimontati sul posto. Anche i progetti all'ora in corso di lavorazione venivano trasferiti alla società svizzera. I fornitori e i clienti venivano informati che, con decorrenza dal 1° gennaio 2009, le attività dell'Area business V sarebbero state concentrate nella cessionaria svizzera e che questa aveva anche rilevato tutti i contratti.

Undici dei lavoratori licenziati ricevevano da parte della società datrice l'offerta di continuare a lavorare nella società svizzera. Sei di loro accettavano l'offerta, non da ultimo perché il sito svizzero in questione distava solo 59 km dalla sede precedente e poteva quindi essere raggiunta in meno di un'ora di auto. Cinque non accettavano, tra cui il ricorrente nei procedimenti dinanzi al Tribunale federale del lavoro, il quale asseriva che non sussistevano i fondamenti per un licenziamento per motivi economici, dato che la sua area di lavoro non aveva cessato di esistere, anzi quel settore continuava ad essere operativo in Svizzera.

Nonostante il Tribunale del Lavoro abbia respinto contro il licenziamento, il Tribunale regionale del Lavoro del Baden-Württemberg l'ha accolto. Secondo questi si era trattato effettivamente di trasferimento di attività. Perché non poteva esserci alcuna rilevante distanza geografica che potesse sollevare dubbi

³ Per ulteriori dettagli e sull'argomentazione che segue, Tribunale federale del lavoro, sentenza del 26 maggio 2011 – 8 AZR 37/10 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2011, p. 1143.

circa il permanere dell'identità aziendale. Inoltre ha affermato che il carattere transfrontaliero della fattispecie era irrilevante, constatando che, secondo le norme di diritto privato internazionale, il diritto applicabile ai contratti di lavoro è determinato in base al luogo abituale di lavoro; nel caso di specie, dunque, si applicava il diritto tedesco e quindi l'art. 613a del Codice Civile tedesco (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)). A parere del Tribunale, il fatto che il diritto del lavoro applicabile potesse cambiare in ragione del trasferimento del rapporto di lavoro al cessionario svizzero era irrilevante, poiché la sussistenza del trasferimento di attività già di per sé privava di fondamento il licenziamento.

2.1.2. Trasferimento di impresa in Austria

I procedimenti giudiziari contro il licenziamento generato da una delocalizzazione in Austria hanno condotto ad esiti meno positivi per il lavoratore che ha fatto ricorso⁴. Un'impresa produttrice di scarpe con sede in Offenbach, nei pressi di Francoforte sul Meno, nell'autunno del 1997 si trovava in stato di insolvenza, sfociato nell'apertura di una procedura fallimentare. Il curatore fallimentare licenziava tutti i dipendenti con decorrenza dal 31.3.1998, con il periodo di preavviso ai sensi dell'art. 113 del Codice sull'insolvenza tedesco (Insolvenzordnung).

In precedenza, il 23 dicembre 1997, una società con sede in Austria aveva acquisito il marchio dell'azienda calzaturiera fallita come pure il magazzino. Aveva altresì acquisito i prodotti calzaturieri semilavorati (circa 35.000 paia di «camburioni»), dai subfornitori in Bosnia e Ungheria. Nel marzo 1998 venivano aggiunti ulteriori cespiti e più tardi veniva esplicitamente annunciato che parte dell'azienda avrebbe continuato ad operare.

Il licenziamento veniva comunicato al ricorrente il 30 dicembre 1997. Stando ai consolidati principi di diritto sulla tutela contro i licenziamenti, ai fini della giusta causa rilevano unicamente

⁴ A tal proposito e rispetto a quanto appreso si veda Tribunale federale del lavoro, sentenza del 16 maggio 2002 – 8 AZR 319/01 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2003, pp. 93 e ss.

le circostanze in essere al momento della notifica del licenziamento⁵. Dunque gli eventi successivi dovevano essere ignorati. Secondo il Tribunale federale del Lavoro, l'acquisizione effettuata nel 1997 non aveva comportato il trasferimento dell'impresa; all'epoca, l'unica opzione possibile era una chiusura di attività, che giustificava quindi il licenziamento. Pertanto non occorre che il Tribunale federale del lavoro esaminasse in maggior dettaglio la problematica del trasferimento di impresa transfrontaliero.

2.1.3. Trasferimento di impresa in Francia

Altro caso riguarda una delocalizzazione in Francia⁶. Un produttore di Pvc di Berlino, trovandosi in difficoltà finanziarie, aveva deciso di chiudere l'attività e licenziare i dipendenti. In un lasso di tempo relativamente breve, era riuscito a vendere tutti i macchinari, compreso il know-how e i diritti di distribuzione, a una società francese con sede a Lione. I dipendenti licenziati avevano impugnato il licenziamento. Nel caso giudicato dal Tribunale federale del lavoro, il ricorrente aveva dichiarato di non voler continuare a lavorare a Lione, quanto piuttosto si riservava il diritto di presentare a tempo debito domanda per la cessazione del rapporto di lavoro a fronte di una buonuscita ai sensi dell'art. 9 della Legge tedesca sulla tutela contro il licenziamento (Kündigungsschutzgesetz (KSchG)). Il Tribunale del Lavoro territoriale e il Tribunale del Lavoro del Land avevano accolto il ricorso contro il licenziamento, in quanto si configurava un trasferimento e non invece una chiusura d'azienda. Il Tribunale federale tedesco per contro ha respinto il ricorso, affermando che non era necessario stabilire se si fosse effettivamente trattato di trasferimento aziendale. A suo giudizio, poiché il ricorrente non

⁵ Tribunale federale del Lavoro, sentenza del 6 giugno 1984 – 7 AZR 451/82 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1985, p. 93; Tribunale federale del lavoro, sentenza del 30.5.1985 – 2 AZR 321/84 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1986, p. 155; Tribunale federale del lavoro, sentenza del 28.2.1990 – 2 AZR 401/89 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1990, p. 727.

⁶ Su questo punto e sull'argomentazione che segue, Tribunale federale del Lavoro, sentenza del 20 aprile 1989 – 2 AZR 431/88 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1990, p. 32.

era disposto a continuare a lavorare nella nuova sede e poiché l'azienda aveva cessato la propria attività a Berlino, in ogni caso era venuta meno ogni possibilità di continuare a impiegare il ricorrente. Pure degna di nota è la conclusione cui è giunto il Tribunale federale del lavoro secondo cui, in base alle dichiarazioni di entrambe le parti, non si poteva presumere che anche un solo membro del personale di Berlino avrebbe continuato a lavorare in Francia.

2.2. Altre considerazioni

La panoramica tracciata in merito alla prassi invalsa in materia di delocalizzazione ha evidenziato che l'art. 613a del CC tedesco trova applicazione solo in casi eccezionali. Questo sta a significare che, perlomeno in Germania, la direttiva sul trasferimento di impresa⁷ non sortisce effetti rilevanti in materia di delocalizzazioni transfrontaliere. C'è in netto contrasto con il fatto che quando si tratta di questioni puramente interne detta Direttiva e l'articolo 613a CC ted. che la recepisce hanno un rilievo centrale. Di seguito, pertanto, esamineremo innanzitutto fino a che punto sia ipotizzabile che la Direttiva in questione, se diversamente interpretata ovvero emendata, possa avere un ambito di applicazione molto più ampio estendendosi anche alle delocalizzazioni transfrontaliere (par. 3).

Un'ulteriore questione da esaminare è se il diritto tedesco offra la possibilità di tutelare i lavoratori interessati da trasferimento al di fuori del perimetro dell'art. 613a del CC ted. A questo proposito, la prima area di interesse riguarda le norme sulla conciliazione degli interessi e i piani di compensazione, che si applicano in ogni impresa in cui sia stato eletto un comitato aziendale. Un

⁷ Direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti (GU L 82/16), modificata dalla direttiva (EU) 2015/1794 del 6.10.2015 (GU L 263/1).

secondo ambito di interesse concerne i mezzi con cui i soggetti interessati possono agire contro la perdita del posto di lavoro a norma dei contratti collettivi e delle vertenze sindacali, e che sono stati riconosciuti in precedenti decisioni dei tribunali (par. 4).

Infine, va indagato in che misura la minaccia di delocalizzazione influisca sulla contrattazione collettiva. Specifico riferimento sarà fatto alle Linee guida dell'Oese per le imprese multinazionali e sarà presa in considerazione la misura in cui l'Ue potrebbe recepire il divieto ivi contenuto, rafforzandolo con obblighi vincolanti (par. 5).

3. *Quadro giuridico per il trasferimento (transfrontaliero) di un'impresa*

3.1. *Problemi di applicabilità dell'art. 613a del Codice Civile tedesco*

L'art. 613a del CC ted. è oggetto di copiosissima giurisprudenza da parte dei Tribunali del lavoro tedeschi, tanto da risultare imprescindibile dovendo tracciare l'attuale quadro giuridico. Detta giurisprudenza si è modellata esclusivamente sulla base di casi squisitamente nazionali, ma ciò non costituisce necessariamente un ostacolo alla sua applicazione coerente e al suo ulteriore sviluppo anche rispetto alle fattispecie transfrontaliere. Ivi si imputa una questione di conflitto di leggi: quando si applica il diritto del lavoro tedesco e quando quello straniero (infra, par. 3.2).

Il fatto che l'art. 613a del CC ted. sia in larga misura dettato dalla Direttiva 2001/23/Ce comporta che, in caso di dubbio, si debba optare per un'interpretazione conforme a quest'ultima. La formulazione e le finalità talora ambigue di tale Direttiva hanno comportato spesso il coinvolgimento della Corte di Giustizia Europea, le cui decisioni hanno avuto un'influenza significativa sull'applicazione dell'art. 613a del CC ted. Al contempo, la giurisprudenza tedesca tende a non richiamarsi praticamente mai all'art. 8 della Direttiva, articolo che consente di adottare disposizioni nazionali più favorevoli.

3.1.1. *Finalità e ambito di applicazione della normativa*

L'art. 613a del CC ted. mira a garantire ai lavoratori interessati dal trasferimento i diritti acquisiti. Per quanto riguarda i contratti di lavoro, tale garanzia è sancita nel comma 1, 1° periodo, senza apparenti restrizioni. I contratti collettivi confluiscono nei contratti di lavoro ai sensi del comma 1, 2° periodo, e conservano efficacia obbligatoria per massimo un anno; dopodiché è possibile un peggioramento delle condizioni contrattuali. Inoltre, a quel punto le parti interessate non beneficiano più dell'ulteriore sviluppo della contrattazione collettiva. Ai sensi dell'art. 613a, comma 1, 3° periodo del CC ted., i contratti collettivi cesseranno di applicarsi prima della scadenza del loro termine se tra il dipendente e il cessionario viene ad essere applicato un nuovo contratto collettivo.

A differenza della Direttiva, la rappresentanza dei lavoratori non è menzionata esplicitamente nell'art. 613^a, ma il mantenimento della stessa non è messo in discussione in caso di trasferimento di un'intera impresa. Se viene rilevata solo una parte dell'impresa, il comitato aziendale dell'impresa originaria ha diritto a un mandato commissariale ai sensi dell'articolo 21a, comma 1, della Legge sulla costituzione dei comitati di rappresentanza aziendali (Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)).

Ai sensi del comma 4, i dipendenti non possono essere licenziati «a causa» del trasferimento dell'azienda. Secondo il comma 5, essi devono essere informati dal precedente titolare o dal cessionario circa il trasferimento e le sue conseguenze. Ai sensi del comma 6, ciascun lavoratore interessato ha diritto di opporsi al trasferimento del proprio rapporto giuridico. Ciò deve avvenire entro un periodo di riflessione di un mese che, tuttavia, inizia solo dopo che le informazioni rilevanti sono state fornite in modo completo.

Lo scopo di queste disposizioni è quello di garantire che i rapporti di lavoro in essere siano originariamente preservati inalterati, nonostante il cambiamento del datore di lavoro. Allo stesso tempo, tuttavia, ciò non esclude la possibilità che la posizione dei dipendenti possa peggiorare perché non più coinvolti nell'evoluzione dei contratti collettivi. Inoltre, non sempre il lavoratore po-

trà opporsi alla proposta del datore di lavoro di rinunciare dopo un anno a determinati diritti, anche se tali diritti erano precedentemente garantiti da un contratto collettivo.

Il disposto di cui all'art. 613a del CC ted. si applica anche se una «unità» viene privatizzata o se il pubblico rileva un'attività precedentemente gestita da privati⁸. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera c), seconda frase, della direttiva, il trasferimento di funzioni amministrative da un'autorità a un'altra non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva. Dopo un'iniziale esitazione, il campo di applicazione dell'articolo 613a CC ted. è stato, in linea di principio, esteso dal Tribunale federale del lavoro anche a casi di questo tipo⁹, ma in questo contesto si applicano solitamente norme speciali.

Se non vengono acquistate le risorse operative («asset deal»), bensì le azioni della società datrice di lavoro («share deal»), il rapporto di lavoro rimane formalmente inalterato, poiché l'identità giuridica del datore di lavoro non cambia. Ciò vale anche se, ad esempio – nel caso di una società in accomandita (Kommanditgesellschaft (KG) – cambiano sia il socio personalmente responsabile sia il socio accomandante. In carenza di «trasferimento», di norma non si ritiene necessario applicare l'art. 613a, comma 1 del CC ted.

Tuttavia è plausibile che l'acquisizione porti alla scissione di un'impresa da un gruppo, fattispecie in cui i diritti contemplati nei contratti collettivi di gruppo richiedono una tutela per analogia all'articolo 613a, comma 1, secondo periodo, del CC ted. Inoltre, potrebbe palesarsi pari «esigenza di cambiamento» da parte del cessionario, come nel caso dell'acquisto di un'azienda: questi potrebbe voler gradualmente eliminare le prestazioni di si-

⁸ Come nel caso oggetto della sentenza della Corte di giustizia europea del 26 settembre 2000, – riguardante attività relative alla pubblicità e all'informazione a beneficio di una località turistica precedentemente svolte da un ente di beneficenza, poi essere al Comune per essere gestite internamente.

⁹ Tribunale federale del lavoro 25 settembre 2003 – 8 AZR 421/02 – Arbeitsrechtliche Praxis n. 261 sull'art. 613a CC ted.; Tribunale federale del lavoro 27 aprile 2000 – 8 AZR 260/99 – juris.

curezza sociale, tagliare il personale o modificare le procedure di lavoro. Se il diritto di opposizione conferito viene esercitato in base alle volontà dell'acquirente, ciò costituisce un motivo economico adeguato ai sensi dell'articolo 308, comma 4, CC ted.? Il Tribunale federale del lavoro finora ha declinato una applicazione corrispondente dell'art. 613a, comma 4 CC ted., ritenendo che tale articolo è inteso a colmare una lacuna nell'area della tutela contro il licenziamento, non a instaurare un nesso con i fatti economici¹⁰.

Da questa prospettiva, l'interpretazione professata dal Tribunale Federale del lavoro (19.6.1979 – 7 RAr 2/78 – DB 1979, 2430) e dal Tribunale Federale delle Finanze (5.3.1970 – V R 33/69 – DB 1970, 1360), secondo cui in caso di avvicendamento di tutti i soci sussiste un cambio di datore di lavoro, è pertanto irrilevante nel contesto dell'articolo 613a CC ted. Non si è tenuto conto del fatto che l'art. 1, comma 1, lettera a) della Direttiva 2001/23/Ce, oltre al trasferimento di stabilimenti, menziona anche quello delle «imprese», per cui è stato necessario prendere in esame anche un'interpretazione conforme alla Direttiva¹¹.

I casi più importanti di successione trovano una disciplina speciale nella Legge sulle trasformazioni d'impresa (Umwandlungsgesetz (UmwG)). A tale riguardo, ove si compia un cambio di titolarità, si conferma l'applicabilità dell'art. 613a CC ted. Non sono espressamente contemplati i casi di successione ereditaria, né il cosiddetto «modello di accrescimento» che è stato sviluppato nella prassi¹².

¹⁰ Tribunale federale del lavoro 12 luglio 1990 – 2 AZR 39/90 – Arbeitsrechtliche Praxis n. 87 sull'art. 613a CC ted.

¹¹ Per un'applicazione corrispondente della sezione 613a CC ted., vd. Zwanziger e Yalcin, 2020.

¹² Ad esempio, la società S. AG (una società per azioni (Aktiengesellschaft, AG)) desidera incorporare nuovamente una società affiliata nella «società madre» senza dover completare la procedura «onerosa» ai sensi dell'art. 613a o della legge sulle trasformazioni. L'affiliata ha la forma giuridica di società a responsabilità limitata e società in accomandita (Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft, GmbH & Co KG). L'unico azionista della GmbH (con responsabilità individuale) è un'altra affiliata, che ha anche

3.1.2. Rilevamento di un'impresa o di una parte di essa

Dal 1972, il Tribunale federale del lavoro presuppone che l'art. 613a CC ted. si applichi esclusivamente all'acquisizione dei mezzi materiali e immateriali dell'impresa; secondo il Tribunale, tali risorse costituiscono infatti la precondizione per l'espletamento dell'attività da parte dei singoli lavoratori. Contrariamente all'approccio assunto nell'ambito delle costituzioni dei comitati aziendali, il Tribunale ha stabilito che tali dipendenti non appartengono di per sé all'impresa e che non è possibile valutare i rapporti di lavoro sia sul piano del merito, sia sul versante delle conseguenze giuridiche¹³. A giudizio del Tribunale, nell'industria manifatturiera, le precondizioni erano gli appezzamenti di terreno, i macchinari e similari, mentre nel settore dei servizi primaria attenzione era data ai beni immateriali come le licenze, le relazioni con i clienti, l'«immagine» pubblica aziendale e i potenziali acquirenti, e anche le competenze individuali dei collaboratori potevano avere un peso.

Nella tanto citata decisione *Christel-Schmidt*¹⁴ la Cgue ha scelto un approccio diverso ed ha affermato che il trasferimento di una parte dell'azienda si può ritenere sussista se è stata ceduta a terzi anche solo una determinata funzione aziendale (nel caso specifico l'attività di pulizia); mentre l'acquisto delle risorse operative non è ritenuto determinante.

Nella decisione *Ayse-Süzen* (presumibilmente in risposta – tra l'altro – alle aspre critiche mosse dalla dottrina), la Cgue ha chiarito che la mera successione di funzioni non era sufficiente; era

lo status di socio accomandante. La GmbH trasferisce la propria quota nella società in accomandita semplice alla società madre, ovvero S. AG; il datore di lavoro è ancora la società in accomandita. Dopo un certo periodo di tempo anche quest'altra società affiliata cessa di essere socio accomandante (trasferimento consentito dal contratto di società in accomandita), aumentando così la sua quota nella società per azioni (l'unico socio rimasto). Si tratta di una struttura estremamente fantasiosa, alla quale deve essere applicato, mutatis mutandis, l'articolo 613a CC ted.

¹³ Per un riepilogo, vd. Tribunale federale del lavoro 21 gennaio 1988 – 2 AZR 480/87 – Arbeitsrechtliche Praxis n. 72 sull'art. 613a CC ted.

¹⁴ Cgue 14.4.1994 – C-392/92.

necessario che al cessionario fosse trasferita una «entità economica», definita come «complesso organizzato di persone e di beni che facilitano l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo»¹⁵.

Ciò ha determinato una svolta di fondamentale importanza, soprattutto nel caso delle delocalizzazioni transfrontaliere; rifacendosi alla decisione *Christel-Schmidt*, infatti, sarebbe sufficiente l'acquisizione anche di una sola funzione, e molte fattispecie, anzi la stragrande maggioranza di esse ricadrebbe sotto tale interpretazione. Se però si prende come base la successiva giurisprudenza (come è avvenuto finora), al cessionario deve essere trasferita una «entità economica» profilata come organizzazione, e questa condizione è soddisfatta nelle delocalizzazioni solo in casi eccezionali.

In termini di politica del diritto, sarebbe auspicabile modificare il testo della Direttiva nel senso della giurisprudenza originaria della Cgue, poiché, vista la prassi consolidata, non ci si può aspettare una revisione della giurisprudenza della Cgue.

3.1.3. Acquisizione tramite negozio giuridico

Si può parlare di trasferimento di un'azienda ai sensi dell'art. 613a CC ted. solo se il titolare viene ad essere altro soggetto. Ciò non accade ove, nel caso di una società di persone o di una società di diritto civile, cambino singoli o tutti i soci. È irrilevante che l'entità acquirente appartenga allo stesso gruppo. La data operativa del trasferimento dell'azienda è quella in cui i poteri decisionali («poteri di gestione») vengono assunti dal cessionario sotto la propria responsabilità.

È irrilevante se l'azienda, o parte di essa, sia o meno a disposizione del cessionario e che questi possa disporne liberamente. Anche se tale «uso nell'ambito della propria gestione economica» dovesse essere escluso, ciò non pregiudica in alcun modo il sussistere di un trasferimento d'impresa e quindi l'applicazione del-

¹⁵ Cgue 11.3.1997 – C-13/95, confermata da Cgue 10.12.1998 – C-173/96, C-247/96 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1999, p. 189 – Hidalgo, da allora giurisprudenza consolidata.

l'art. 613a CC ted.¹⁶. Non è necessario che l'acquirente porti avanti l'entità economica in quanto tale; può anche integrarla nella sua attività preesistente¹⁷.

3.1.4. Conseguenze giuridiche

(1) Prosecuzione del rapporto di lavoro

Ai sensi dell'art. 613a, comma 1, primo periodo, CC ted., l'acquisizione di un'impresa o di parte di essa ha come conseguenza automatica il trasferimento al cessionario dei rapporti di lavoro alle condizioni precedenti. Se si è concordata la sospensione di tutti i diritti e doveri, perché il dipendente è stato inviato all'estero per quattro anni sulla base di un accordo speciale, contestualmente viene trasferito il cosiddetto rapporto di lavoro «latente». Il cessionario assume a tutti gli effetti lo status di datore di lavoro del suo predecessore e i periodi di lavoro maturati dal dipendente valgono ai fini dell'anzianità.

Molti contratti di lavoro fanno riferimento a contratti collettivi «nella versione di volta in volta in vigore». Se i contratti sono stati stipulati dopo il 1° gennaio 2002, tale clausola è considerata «costitutiva», nel senso che stabilisce un'ulteriore base per l'applicazione dei contratti collettivi. Questa clausola rimane in vigore anche dopo un trasferimento d'azienda e costituisce una tutela assai migliore rispetto all'art. 613a, comma 1, secondo periodo, CC ted., poiché il dipendente in questione svolge un ruolo nella negoziazione dei successivi contratti collettivi¹⁸.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale del Lavoro¹⁹, la tutela legale contro il licenziamento non può essere «mantenuta» in quanto tale. Nel caso in cui, dopo il trasferimento, in capo al cedente o al cessionario rimanga solo una piccola impresa con

¹⁶ Per esempio, Cgue 15 dicembre 2005 – C-232/04 e altri Güncy Görrer a rettifica della giurisprudenza tedesca.

¹⁷ Ad esempio, Cgue 12 febbraio 2009 – C-466/07, Klarenberg, parimenti a rettifica della giurisprudenza tedesca.

¹⁸ Per gli argomenti fondamentali, vd. Tribunale federale del Lavoro 29 Agosto 2007 – 4 AZR 767/06 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2008, p. 364.

¹⁹ Tribunale federale del Lavoro 15 febbraio 2007 – 8 AZR 397/06 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2007, p. 739.

fino a dieci dipendenti ai sensi dell'art. 23, comma 1 KSchG, la tutela contro il licenziamento viene meno, è altresì ammesso che ai sensi dell'art. 112a, comma 2, primo periodo, BetrVG, se un'azienda o parte di essa è stata acquisita da un «nuovo fondatore» e quest'ultimo riduce il personale su larga scala entro quattro anni, non si è tenuti a concordare un piano compensativo. Il regime di salvaguardia presenta quindi anche delle lacune sotto questo aspetto.

(2) Rappresentanza dei lavoratori

In caso di trasferimento dell'intera impresa, anche il comitato aziendale rimane in carica. Sebbene tale principio non sia previsto dalla legge tedesca, è di fatto una pratica generalmente riconosciuta. L'art. 6, comma 1, primo periodo della Direttiva 2001/23/Ce prevede il mantenimento obbligatorio dello «status giuridico e della funzione» dei rappresentanti dei lavoratori, cosa che il legislatore tedesco avrebbe dovuto chiarire espressamente già solo per ragioni di trasparenza. Anche gli accordi aziendali in quei casi continuano ad essere applicati.

Se viene trasferita solo una parte dell'impresa, al comitato aziendale viene accordato un «mandato transitorio» ai sensi dell'art. 21a BetrVG per quanto riguarda l'attività non trasferita, che copre tutti i diritti di cogestione, ma limitato in linea di principio a sei mesi. Inoltre, il comitato aziendale è tenuto a dare svolgimento a un'elezione del comitato aziendale nella parte separata; i membri dello stesso, impiegati nella parte d'impresa trasferita, rimangono in carica. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale del lavoro, gli accordi aziendali continuano ad applicarsi in quanto tali, a condizione che la parte dell'impresa del cessionario venga portata avanti come attività autonoma. In caso contrario, essi vengono incorporati nei contratti di lavoro ai sensi dell'art. 613a, comma 1, secondo periodo CC ted. o sostituiti, ai sensi dell'art. 613a, comma 1, terzo periodo CC ted. dai contratti collettivi vigenti nella nuova impresa.

(3) Permanenza della vigenza dei contratti collettivi e degli accordi aziendali

Il caso in cui presso il cessionario continuino ad essere applicati automaticamente i contratti collettivi non è problematico.

Questo è spesso il caso degli accordi stipulati dai comitati aziendali, ma rappresenta l'eccezione per gli altri contratti collettivi. Nel caso di contratti collettivi di categoria è ipotizzabile che anche il cessionario sia membro dell'associazione datoriale o che il contratto collettivo sia stato dichiarato generalmente vincolante e che il cessionario appartenga allo stesso settore. Se si applica un contratto aziendale firmato dai sindacati, il perpetuarsi della sua validità giuridica in base alla legge sulla contrattazione collettiva è ipotizzabile solo se il cessionario vi aderisce espressamente ovvero se assume la posizione giuridica del cedente²⁰.

Qualora non continuino ad applicarsi i contratti collettivi in base alla legge sulla contrattazione collettiva, si applica l'art. 613a, comma 1, periodi da 2 a 4 del CC ted. In base a quest'ultimo, i contratti collettivi e gli accordi aziendali vengono incorporati nel contratto di lavoro e in linea di principio non possono subire modifiche *in peius* prima del decorso di un anno. Del pari, eventuali accordi modificativi sarebbero invalidi ai sensi dell'art. 134 del CC ted.

In base all'art. 613a, comma 1, terzo periodo del CC ted., tale protrarsi della validità (dato dal carattere cogente del contratto di lavoro) non si compie, se le parti del contratto di lavoro sono entrambe vincolate da un nuovo contratto avente il medesimo oggetto.

Nel caso dei contratti stipulati dai sindacati, tale fattispecie si concretizza solo se – dalla parte del datore – è lo stesso sindacato ad essere investito della rappresentanza anche nella nuova azienda o se i lavoratori si iscrivono al sindacato ivi incaricato. Se il nuovo accordo collettivo non ha efficacia vincolante, ciononostante le parti possono farvi riferimento ai sensi dell'art. 613a, comma 1, 4° periodo del CC ted. Tuttavia, il lavoratore non è tenuto ad aderire ad un simile accordo.

(4) *Divieto di licenziamento*

Il subentro automatico del cessionario nei rapporti di lavoro

²⁰ Tribunale federale del Lavoro 29 agosto 2001 – 4 AZR 332/00 – Arbeitsrechtliche Praxis n. 17 sull'art. 1 della legge tedesca sui contratti collettivi (Tarifvertragsgesetz, TVG), Tribunale federale del lavoro 20 giugno 2001 – 4 AZR 295/00 – Arbeitsrechtliche Praxis n. 18 sull'art. 1 TVG.

non può essere compromesso per il fatto che il precedente titolare cessi singoli o tutti i rapporti di lavoro «per conto del nuovo titolare». L'art. 613a, comma 4, primo periodo del CC ted., introdotto nel 1980, lo esclude espressamente. Anche se esso sancisce un divieto di licenziamento tassativo, esteso anche ai rapporti di lavoro nelle piccole imprese, la tutela dello status acquisito che ne deriva è limitata. Visto che l'art. 613a, comma 4, secondo periodo del CC ted. lascia al datore di lavoro il diritto di risolvere il rapporto di lavoro per altre cause, la giurisprudenza afferma che il trasferimento dell'impresa non debba essere meramente la causa immediata, bensì il «motivo fondante» per il licenziamento²¹.

Nella prassi è molto più significativo il caso in cui il datore di lavoro prefigura la chiusura mentre il dipendente ipotizza il trasferimento. In tale fattispecie il datore di lavoro deve dimostrare il motivo del licenziamento, ossia l'intenzione di chiudere l'impresa, il che pone il dipendente in una posizione assai migliore.

3.1.5. *Informazione degli interessati e diritto di opposizione*

L'art. 613a, comma 5 del CC ted. prescrive che i lavoratori interessati dal trasferimento d'impresa siano resi edotti circa gli aspetti essenziali che lo riguardano, e che sono elencati nella norma. Lo scopo della norma è quello di fornire al lavoratore elementi di valutazione adeguati per decidere in merito all'esercizio del proprio diritto di opposizione ai sensi dell'art. 613a, comma 6 CC ted. o di prendere in considerazione altre conseguenze. Secondo la legge, ai fini dell'informazione occorre la cosiddetta forma scritta ai sensi dell'art. 126b del CC ted., anche a mezzo di fax o di mail. Non bastano quindi le informazioni verbali, come quelle fornite ad esempio durante una riunione di lavoro. L'obbligo di fornire informazioni si applica sia al cedente che al cessionario ed è sufficiente che entrambi forniscano congiuntamente le informazioni necessarie al lavoratore.

La legge prevede testualmente che le informazioni del caso

²¹ Tribunale federale del Lavoro 28 Aprile 1988 – 2 AZR 623/87 – Arbeitsrechtliche Praxis n. 74 sull'art. 613a CC ted.

siano fornite prima del trasferimento, ma vi si può provvedere anche successivamente. Il periodo a disposizione per esercitare il diritto di opposizione dura un mese a decorrere dal momento in cui è stata fornita adeguata informativa. Se le informazioni fornite dal cedente e dal cessionario risultano in contraddizione tra loro per quanto concerne uno dei punti citati, occorre fare delle distinzioni. Di norma l'informativa si considera non corretta, perché non ci si può aspettare che il dipendente risolva tale contraddizione andando a scovare le informazioni per conto proprio. In alcuni casi eccezionali, tuttavia, le informazioni errate vengono fornite solo in un secondo momento, dopo che la relativa notifica è stata effettuata correttamente ed è scaduto il termine di un mese da essa scaturito.

Secondo l'art. 613a, comma 6, il lavoratore ha il diritto di opporsi al trasferimento del proprio rapporto di lavoro al cessionario. Al dipendente non può essere imposto un datore di lavoro non gradito. A tal riguardo, il singolo gode del diritto potestativo, che può esercitare mediante una dichiarazione unilaterale di volontà che deve essere comunicata all'altra parte per essere efficace. Una volta che ha esercitato tale diritto, proprio come nel caso di un licenziamento, non è più possibile revocarlo unilateralmente, poiché le altre parti coinvolte a quel punto avranno posto in essere azioni in risposta alla situazione creatasi. Solo se il dipendente, il vecchio e il nuovo datore di lavoro concordano sul fatto che l'opposizione debba rimanere senza effetto, si ripristina la «situazione di normalità» ai sensi di legge. In quanto negozio giuridico unilaterale, l'opposizione non ammette condizioni, ma ovviamente l'impugnativa per dichiarazione ingannevole è possibile ai sensi dell'art. 123 CC²². L'opposizione deve avvenire per iscritto, ossia recare la firma del dipendente o di un suo rappresentante. È sufficiente che venga palesata l'intenzione di non lavorare per il cessionario; non è necessario esplicitare il termine «opposizione».

²² È inammissibile che il lavoratore condizioni l'opposizione al fatto che «l'acquirente proceda al licenziamento per motivi economici entro un anno». L'annullamento per dichiarazioni ingannevoli è tuttavia possibile se i nuovi posti di lavoro sono stati prospettati al dipendente come «blindati», ma il licenziamento è avvenuto dopo sei mesi.

Il termine di un mese non decorre in caso di informazioni errate o carenti; a quel punto l'opposizione può essere esercitata per un periodo più lungo dopo il trasferimento dell'azienda, il che consente al dipendente altre opzioni. In tal caso non esiste un termine massimo tassativo. Il diritto di opposizione può solo decadere, il che richiede un periodo di tempo più lungo e provvedimenti da parte del datore di lavoro adottati nell'aspettativa che ormai il potere in questione non venga più esercitato («fatto re temporale» e «fattore legato alle circostanze»). Il Tribunale federale del lavoro non chiarisce se undici mesi sono sufficienti ad essere qualificabili come fattore temporale; neppure il semplice fatto di continuare a lavorare presso il cessionario è sufficiente a configurare la legittima aspettativa²³.

Il diritto di opposizione è un'opzione esercitabile solo da parte dei dipendenti che hanno ancora un'opportunità di lavoro presso il cedente, poiché altrimenti si avrebbe il licenziamento da parte del precedente datore di lavoro per ragioni aziendali. In caso di riduzione del personale e di selezione del personale da licenziare, il soggetto che esercita il potere di opposizione deve essere trattato alla stregua degli altri dipendenti. Questi non può essere licenziato adducendo come causa il suo rifiuto di un'opportunità di lavoro²⁴.

Il diritto d'opposizione può essere esercitato dai lavoratori interessati anche in forma di azione comune, ma ciò non pregiudica l'opzione individuale per i lavoratori che vogliono fare ricorso²⁵. Il fatto che si crei una pressione sulla controparte è nella natura delle cose ed è stato accettato anche dal Tribunale federale del lavoro in relazione – tra le altre cose – al diritto di opposizione. Un eventuale limite va individuato solo nell'abuso del diritto; tale abuso si configurerebbe ove l'azione comune avesse l'obiettivo di impedire non solo uno specifico trasferimento d'impresa, bensì qualsiasi trasferimento, o si mirasse ad ottenere un miglioramento delle condizioni di lavoro.

²³ Tribunale federale del lavoro 14 dicembre 2006 – 8 AZR 763/05 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2007, pp. 682 and 686.

²⁴ Tribunale federale del lavoro 31 maggio 2007 – 2 AZR 276/06 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2008, p. 33.

²⁵ Tribunale federale del lavoro 30 settembre 2004 – 8 AZR 462/03 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2005, p. 43, anche rispetto a quanto segue.

3.1.6. Permanere della responsabilità del precedente datore di lavoro

Con il trasferimento dell'intero rapporto di lavoro in sé e per sé il cedente sarebbe esonerato da tutte le pretese del dipendente. Una tale cosa sarebbe ingiusta; inoltre, imporrebbe al dipendente di accettare un debitore potenzialmente meno solvibile del suo predecessore. L'art. 613a, comma 2 del CC ted. prevede quindi che il cedente sia responsabile in solido con il cessionario per tutti i debiti sorti prima del trasferimento, ma divenuti esigibili solo entro un anno da tale data. Lo stesso vale per i crediti già maturati presso il precedente datore di lavoro.

3.1.7. Accordi di transizione

L'art. 613a del CC ted. garantisce un minimo livello di tutela, ma non impedisce una migliore regolamentazione sul piano contrattuale. Pertanto sono possibili disposizioni di contratti collettivi aventi ad oggetto il «trasferimento» dei dipendenti a un nuovo datore di lavoro. I giudici hanno dovuto decidere anche un caso in cui il cessionario di una parte di un'impresa ha concesso ai lavoratori «trasferiti» il diritto di rientro tramite un accordo aziendale, per il caso in cui gli stessi non potessero più restare alle dipendenze del cessionario per ragioni aziendali²⁶. È ipotizzabile anche che il contratto di vendita dell'azienda o di una parte dell'azienda contenga disposizioni a favore dei dipendenti interessati, disposizioni invocabili ai sensi dell'articolo 328 del CC ted²⁷.

4. Quando è applicabile l'art. 613a del CC ted. in presenza di collegamento con l'estero?

Partendo dall'attuale interpretazione dell'art. 613a del CC ted. e della Direttiva sul trasferimento di impresa, si giunge alle seguenti conclusioni.

²⁶ Tribunale federale del lavoro 19 ottobre 2005 – 7 AZR 32/05 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2006, p. 393.

²⁷ Vd. il caso Tribunale federale del lavoro 20 aprile 2005 – 4 AZR 292/04 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2006, p. 281.

Sebbene il trasferimento d'impresa si configuri anche se la sede precedente e quella nuova si trovano in due Stati diversi, in tal caso è necessario che l'azienda o parte di essa mantenga la propria identità durante il trasferimento. Ciò richiede, soprattutto nel caso delle imprese di servizi, che una parte sostanziale dell'organico «si accodi», cioè sia disposta a continuare a lavorare nella nuova sede. In tali fattispecie, l'art. 613a del CC ted. trova in ogni caso applicazione qualora il cambio di titolarità dell'azienda sia precedente al trasferimento o coincida con esso²⁸. La ragione va anche ricercata nel fatto che l'articolo 613a del CC ted. è recepito nello Statuto tedesco dei contratti di lavoro²⁹.

Non appena la nuova sede diventa il «luogo di lavoro abituale», ai sensi dell'art. 8, paragrafo 2 del Regolamento Roma I, si applica la normativa in materia di contratto di lavoro ivi vigenti. Le cose vanno diversamente solo se il diritto applicabile è stato scelto contrattualmente ai sensi dell'art. 8, paragrafo 1 del Regolamento Roma I; in tal caso rimane in vigore l'accordo concluso. Tuttavia, può verificarsi un cambiamento laddove mutino le norme imperative che devono essere osservate indipendentemente dal l'ordinamento giuridico scelto: alle norme cogenti di diritto del lavoro del Paese A subentrano quelle del Paese B.

Qualora la modifica dello statuto o delle norme imperative comportasse la perdita di diritti, si potrebbe ipotizzare che il cessionario sia obbligato a compensarla tramite un accordo contrattuale con il dipendente, il che non incontra ostacoli insormontabili nemmeno in altri ordinamenti giuridici. Ciò vale in particolare laddove anche il diritto dello Stato ospitante preveda una disposizione corrispondente all'art. 613a del CC ted. o alla Direttiva sul trasferimento di imprese: se entrambi gli ordinamenti giuridici partono dal presupposto che lo status quo, una volta acqui-

²⁸ Tribunale federale del Lavoro 16 maggio 2002 – 8 AZR 319/01 – Arbeitsrechtliche Praxis n. 237 sull'art. 613a CC ted.; Tribunale federale del Lavoro 26 maggio 2011 – 8 AZR 37/10 – Arbeitsrechtliche Praxis n. 409 sull'art. 613a CC ted.

²⁹ Tribunale federale del Lavoro Arbeitsrechtliche Praxis n. 31 sul diritto internazionale privato e sul diritto del lavoro.

sito, non può essere soggetto a condizioni peggiorative a causa del trasferimento dell'impresa, sarebbe una contraddizione se «l'avvicendamento» di due ordinamenti giuridici dovesse sortire proprio quell'effetto. Tuttavia, bisogna ammettere che nella giurisprudenza dei tribunali del lavoro non esistono precedenti in tal senso. Nel diritto tedesco un rimedio ipotizzabile sarebbe quello di compensare o attenuare gli svantaggi subiti a causa del cambiamento di statuto mediante un piano compensativo³⁰.

Se i dipendenti si rifiutano di trasferirsi nella nuova sede e continuano a lavorare nella vecchia, il trasferimento d'azienda fallisce. Ciò può accadere laddove essi a priori dichiarino il proprio diniego, avvalendosi del fatto che il loro contratto di lavoro non contempla una siffatta «riassegnazione»³¹. Tuttavia, è possibile parimenti che esercitino il proprio diritto di opposizione ai sensi dell'art. 613a, comma 6 del CC ted.

Nella prassi, il caso di gran lunga prevalente è il rifiuto da parte dei dipendenti a seguire l'azienda per motivi familiari e sociali, sia perché considerano la «migrazione» come un passo enorme, sia perché non hanno alcuna esperienza su come vivere in una società percepita come totalmente estranea.

In questo contesto l'art. 613a e la Direttiva sul trasferimento di imprese non sono d'aiuto; né le cose cambierebbero se si definisse il concetto di trasferimento d'impresa in modo molto più ampio, includendovi qualsiasi avvicendamento delle funzioni.

In tutti questi casi, in Germania si ha la chiusura dell'azienda e la domanda a cui bisogna rispondere riguarda quindi gli strumenti che la legge tedesca mette a disposizione per impedire la delocalizzazione o per renderlo il più possibile socialmente accettabile.

³⁰ Per ulteriori dettagli, vd. Däubler 1994. Per un esame dettagliato del problema nel suo complesso, vd. Deinert 2013.

³¹ Ad esempio, in un caso riguardante un trasferimento da Berlino a Lione, Tribunale federale del Lavoro 20 aprile 1989 – 2 AZR 431/88 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1990, p. 32.

5. Misure preventive contro le delocalizzazioni

5.1. Opzioni di intervento del comitato aziendale

5.1.1. Conciliazione degli interessi e piano compensativo

In caso di chiusura (totale o parziale) di un'azienda o di altro cambiamento aziendale ai sensi dell'art. 111, terzo periodo della BetrVG, il comitato aziendale ha due ulteriori diritti, oltre a quello ad un'informazione completa.

In primo luogo, può entrare in una negoziazione con il datore di lavoro in relazione alla sua decisione. In tal caso, e ntrambe le parti devono cercare di conciliare gli interessi e, se necessario, ricorrere alla Commissione di conciliazione. Tuttavia, la Commissione di conciliazione può solo formulare raccomandazioni, giacché la decisione vera e propria è rimessa al datore di lavoro.

In secondo luogo, il comitato aziendale può richiedere la stipula di un piano compensativo, il quale dovrebbe «compensare o mitigare» gli svantaggi economici subiti dai dipendenti a causa del cambiamento aziendale. Questo prevede spesso (ma non esclusivamente) indennità di fine rapporto. A differenza della conciliazione degli interessi, il piano compensativo può essere imposto; all'occorrenza, la Commissione di conciliazione deve decidere a maggioranza.

5.1.2. Chiusura o riduzione dell'attività aziendale

La chiusura presuppone che l'imprenditore sciogla deliberatamente l'organizzazione aziendale e che la sua decisione sia definitiva. Ciò vale anche nel caso in cui la produzione debba essere portata avanti all'estero, ma i dipendenti vogliano rimanere in Germania. Fin qui non si pongono questioni.

Se viene trasferita solo una parte di impresa o una certa funzione aziendale, il dubbio può insorgere in merito al profilarsi o meno di una contrazione aziendale. Esaminiamo per primo il caso, piuttosto lineare, in cui, dato il trasferimento di macchinari altrove, la capacità produttiva dell'impresa o di una «parte significativa dell'impresa» venga ridotta e i dipendenti «in esubero» vengano licen-

ziati. Il Tribunale federale del Lavoro ha correttamente individuato una limitazione dell'attività anche nei casi in cui viene licenziato un numero consistente di lavoratori senza alcun cambiamento nelle strutture operative: lo scopo di protezione sociale di cui all'art. 111 e segg. della BetrVG copre anche questo caso³².

I parametri per valutare se è stato coinvolto un numero sufficiente di dipendenti sono mutuati dalle previsioni dell'art. 17 KSchG sul licenziamento collettivo, che ha ripreso quest'ultimo termine dalla Direttiva CE di pertinenza. Tuttavia, per quanto riguarda le grandi imprese, dove le soglie dell'art. 17 della KSchG verrebbero raggiunte piuttosto facilmente, in aggiunta occorre che venga licenziato almeno il cinque per cento dell'organico³³. La Legge sulla promozione dell'occupazione (Beschäftigungsförderungsgesetz, (BeschFG)), del 1985 in linea di principio ha lasciato inalterata questa situazione giuridica, ma ha eliminato l'automatismo tra il cambiamento di attività e il piano compensativo. Secondo l'art. 112a, comma 1 BetrVG (che era stato appena introdotto all'epoca) va adottato un piano compensativo solo se il numero di dipendenti che deve lasciare l'azienda è superiore a quello specificato nell'art. 17 KSchG. Va notato, tuttavia, che ciò vale solo se il cambiamento aziendale previsto consiste «esclusivamente» nel licenziamento di lavoratori – se vengono smantellati anche i mezzi di produzione (tipico delle delocalizzazioni), si applicano i principi generali.

In queste circostanze, probabilmente è ancora più grave che, ai sensi dell'art. 112a, comma 2, BetrVG, non vi sia alcun obbligo di predisporre un piano compensativo se il cambiamento aziendale viene attuato nel corso dei primi quattro anni dalla costituzione dell'impresa. Ciò al fine di agevolare le start-up. Tuttavia, allo stesso tempo, le «start-up» risultanti da ristrutturazioni, quali le scissioni societarie, ad esempio, sono escluse a priori poiché

non creano nuovi posti di lavoro. Lo stesso vale laddove due società ne costituiscono una terza, cui poi vengono trasferite alcune attività o parte di esse.

5.1.3. Trattative per conciliare gli interessi

La «consultazione» tra il datore di lavoro e il comitato aziendale, prescritta dall'art. 111, primo periodo BetrVG, può portare a un accordo sul cambiamento di attività previsto: ad esempio, il comitato aziendale si dichiara favorevole alla chiusura, in quanto il numero di lavoratori interessati è inferiore a quello temuto. Vi è divergenza di opinioni sull'azionabilità di tale «conciliazione di interessi», che riguarda la decisione del datore in quanto tale, ma l'opinione maggioritaria la ritiene possibile³⁴.

Inoltre, l'art. 113, comma 1 BetrVG stabilisce inequivocabilmente che, laddove il datore di lavoro deroghi all'accordo raggiunto senza un motivo valido e i dipendenti siano licenziati, questi debba corrispondere l'indennità di licenziamento. Tuttavia, in linea di principio, la conciliazione degli interessi non costituisce un accordo aziendale, ma un altro genere di accordo collettivo previsto dalla legge sui comitati aziendali.

Se le trattative non portano a una conciliazione degli interessi, sia il comitato aziendale sia il datore di lavoro possono chiedere la mediazione del Consiglio di amministrazione dell'Agenzia Federale del Lavoro. Se ciò non avviene, o se il tentativo di mediazione non ha effetti, ciascuna delle parti può invocare la Commissione di conciliazione ai sensi dell'art. 112, comma 2, BetrVG, al fine di proseguire le trattative con l'intento di trovare un'intesa (art. 112, comma 3, BetrVG). Se non si arriva ad un accordo, il datore di lavoro è libero di prendere la decisione che ritiene più opportuna; egli nel farlo non è vincolato dalle posizioni del comitato aziendale, né dalle proprie offerte iniziali, né da eventuali proposte di mediazione.

Nonostante questa distribuzione assai unilaterale dei pesi, non vi è motivo di sottovalutare le trattative per la conciliazione degli

³² Tribunale federale del lavoro 15 ottobre 1979 – 1 ABR 49/77 – Arbeitsrechtliche Praxis n. 5 sull'art. 111 BetrVG 1972.

³³ Tribunale federale del lavoro 2 agosto 1983 – 1 AZR 516/81 – Arbeitsrechtliche Praxis n. 12 sull'art. 111 BetrVG 1972.

³⁴ Däubler, 2022.

interessi. Se il datore di lavoro non esaurisce tutte le possibilità, compresa la procedura della Commissione di conciliazione, all'evenienza può essere tenuto a corrispondere l'indennità di licenziamento ai sensi dell'art. 113 BetrVG³⁵. Invero ha molto più peso il diritto riconosciuto al comitato aziendale di vietare (mediante ingiunzione provvisoria) al datore di lavoro di licenziare i dipendenti per motivi aziendali fino alla conclusione della procedura di conciliazione degli interessi con o senza accordo³⁶. Ciò assicura che il diritto di negoziazione attribuito al comitato aziendale non diventi un diritto ad uno spettacolo teatrale.

5.1.4. Il diritto di concordare il piano compensativo

L'art. 112, comma 1, secondo periodo, BetrVG definisce il piano compensativo come un «accordo sul risarcimento o sulla riduzione delle perdite economiche sofferte dai lavoratori a causa del previsto cambiamento degli assetti aziendali». Esso si limita a occuparsi delle conseguenze sociali e personali derivanti dalla decisione datoriale, che – in quanto tale – non può più essere messa in discussione. Il piano compensativo viene negoziato con la stessa procedura della conciliazione degli interessi, ma qui interviene una differenza decisiva: se il datore di lavoro e il comitato aziendale non trovano un accordo nemmeno davanti alla Commissione di conciliazione, questa stabilisce il contenuto del piano compensativo in modo indipendente. Ne consegue che il voto del presidente *super partes* ha un peso notevole. Fino a questo punto, ma solo fin qui, il comitato aziendale ha il diritto di codeterminazione. A differenza del classico caso della conciliazione degli interessi, il piano compensativo conferisce al singolo lavoratore diritti esigibili nei confronti del datore di lavoro, in quanto

³⁵ Tribunale federale del Lavoro 18 dicembre 1984 – 1 AZR 176/82 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1985, p. 400.

³⁶ Tribunale regionale del Lavoro di Amburgo 8 giugno 1983 – 6 TaBV 9/83 – Der Betrieb 1983, p. 2369; Tribunale regionale del Lavoro di Francoforte 30 agosto 1984 – 4 TaBV/Ga 113/84 – Der Betrieb 1985, p. 178; Tribunale regionale del Lavoro di Monaco 22 dicembre 2008 – 6 TaBV/Ga 6/08 – Arbeit und Recht 2009, p. 142; per ulteriori riscontri, anche rispetto a decisioni contrarie del tribunale regionale del lavoro, vd. Däubler, op. cit.

ha l'effetto di un accordo aziendale ai sensi dell'art. 112, comma 1, terzo periodo BetrVG. A quel punto non si rende possibile più alcun successivo scostamento, nemmeno per motivi imperativi, e il licenziamento è ipotizzabile al più in caso di prestazioni a lungo termine.

Dal contenuto del piano compensativo dipende in larga misura se il cambiamento aziendale comporterà effetti gravi e irreparabili nella qualità della vita dei lavoratori oppure se – nel caso diametralmente opposto – la situazione di crisi verrà superata senza alcun impatto negativo. La base di valutazione per la quantificazione delle prestazioni è data dai disagi subiti dai lavoratori (interrati) per via dei cambiamenti aziendali. L'obiettivo del piano è il pieno risarcimento, a meno che la situazione finanziaria dell'azienda non consenta solo una «mitigazione». Il Tribunale federale del lavoro³⁷ lascia alle parti coinvolte decidere liberamente se orientarsi più verso il risarcimento o più verso la mitigazione; ma quest'ultima deve comunque essere «tangibile» (c.d. «risarcimento minimo»). In caso contrario, il piano compensativo non assolverebbe al proprio compito e sarebbe illegale. Di seguito analizzeremo le prestazioni dei piani compensativi accordate in casi di perdita del posto di lavoro, poiché ai fini della presente trattazione gli indennizzi pagati in casi di modifiche delle condizioni di lavoro rivestono un minore interesse.

In caso di licenziamento o di altre forme di perdita del posto di lavoro, di solito viene fissata un'indennità di fine rapporto. Ciò è particolarmente importante, perché il diritto tedesco – a differenza di molti ordinamenti stranieri – in caso di licenziamento non prevede la corresponsione automatica di tale indennità da parte del datore di lavoro. È molto difficile determinare l'importo delle indennità, poiché la gravità degli effetti può variare notevolmente: lo specialista ambito sul mercato potrebbe addirittura accogliere con favore il «cambiamento di scenario» e trovare un lavoro di pari livello, se non addirittura migliore, mentre il collega

³⁷ Tribunale federale del Lavoro, 24 agosto 2004 – 1 ABR 23/03 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2005, p. 302.

più anziani o con disabilità potrebbe non avere più la possibilità di un lavoro. La soluzione applicata nella pratica è un approccio generalizzato basato sull'età e sull'anzianità di servizio, con la retribuzione mensile generalmente utilizzata come variabile di riferimento. Una formula comune moltiplica l'età per gli anni di servizio e poi divide il prodotto per un divisore compreso tra 30 e 120; più basso è il divisore, migliore è il piano compensativo. I dipendenti più anziani sono chiaramente favoriti rispetto a quelli più giovani, ma il Tribunale federale del lavoro³⁸ ha stabilito che ciò non costituisce una discriminazione in ragione dell'età³⁹.

Inoltre, spesso per ogni dipendente che abbia lavorato nell'azienda per almeno un anno viene fissato un minimale, ad esempio 3.000 euro. I disabili devono essere indennizzati a causa della loro posizione più sfavorevole sul mercato del lavoro e, per evitare discriminazioni di genere, nel valutare i benefici complessivi si deve tenere conto anche della condizione di genitore single, altrimenti le donne verrebbero penalizzate.

Anche un'indennità che copre la differenza tra i sussidi per i lavoratori a tempo ridotto e i sussidi di disoccupazione, da un lato, e la retribuzione netta, dall'altro, può rivestire grande importanza ed è particolarmente adatta per i dipendenti non lontani dall'età pensionabile.

Sono previsti ulteriori fondi per i costi di ricollocazione, ma anche per i costi di riqualificazione e aggiornamento. Inoltre, possono essere prese in considerazione numerose altre prestazioni giustificate dalle finalità del piano di compensazione, per esempio un risarcimento per la perdita del posto di lavoro e dei vantaggi acquisiti nel corso del rapporto di lavoro, nonché un'indennità di transizione e previdenza per il periodo successivo all'attuazione del

³⁸ Tribunale federale del lavoro 5 novembre 2009 – 2 AZR 676/08, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2010, p. 457.

³⁹ Esempio: il dipendente X ha 45 anni e lavora in azienda da 15 anni. La moltiplicazione dà come prodotto 675. Con un piano compensativo «moderato» (divisore 110) l'interessato percepisce 6,1 mensilità come indennità di licenziamento, con un Piano compensativo «buono» (divisore 40) ne percepisce 16,875.

cambiamento aziendale⁴⁰. A mio avviso, anche gli interessi immateriali del lavoratore – che, insieme al suo sostentamento professionale, perde gran parte del suo precedente ambiente sociale – vanno tenuti in considerazione ai fini della valutazione dell'indennità di licenziamento, ma nella prassi non sono considerati «svantaggi» da essere risarciti.

Il contenuto del piano compensativo è limitato sia dal fatto che il risarcimento riguarda i «danni patrimoniali» sia dalla necessità di essere «economicamente sostenibile per l'impresa». Come ciò poi si traduca in concreto viene stabilito, ove necessario, dalla Commissione di conciliazione; tra le altre cose si tiene conto degli oneri di cui l'impresa si fa carico su altri fronti.

Se un piano compensativo viene adottato solo con decisione della Commissione di conciliazione, ossia con una decisione a maggioranza, si deve osservare l'art. 112, comma 5 BetrVG. Le prestazioni previste «di norma devono tenere conto delle circostanze del singolo caso e vagliare le prospettive dei lavoratori interessati sul mercato del lavoro». Il volume complessivo del piano di compensazione calcolato non deve essere tale da mettere a repentaglio la sopravvivenza dell'impresa o i posti di lavoro rimanenti. Inoltre, i dipendenti che rifiutano una collocazione ragionevole nell'attività, nell'impresa o nel gruppo devono essere esclusi dalle prestazioni compensative. Infine, il piano non deve incidere sui diritti individuali; le richieste di indennità di licenziamento non possono essere subordinate alla condizione di non impugnare il licenziamento⁴¹, e le vie legali presso il Tribunale del lavoro non possono essere interdette da una clausola arbitrale⁴².

Il datore di lavoro è libero di promettere un'indennità aggiuntiva rispetto al piano compensativo, se l'interessato accetta il li-

⁴⁰ Ad esempio, Tribunale federale del Lavoro 13 dicembre 1978 – GS 1/77 – Arbeitsrechtliche Praxis n. 6 sull'art. 112 BetrVG 1972.

⁴¹ Tribunale federale del lavoro 20 giugno 1985 – 2 AZR 427/84 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1986, p. 258.

⁴² Tribunale federale del lavoro 27 ottobre 1987 – 1 AZR 80/86 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1988, p. 207.

cenziamento e rinuncia all'azione legale. Tuttavia, tale pagamento può corrispondere solo ad una frazione delle indennità di fine rapporto previste dal piano di compensazione⁴³. Secondo la più recente giurisprudenza del Tribunale federale del lavoro⁴⁴, le risorse disponibili possono essere destinati a questo cosiddetto «premio turbo» senza tetti o limiti, a meno che il piano di compensazione non espleti più neppure in parte la funzione di mitigare gli svantaggi economici.

5.1.5. Piano compensativo di ricollocazione

Dacché nel 1985 presso la società Grundig fu concluso un «piano per l'occupazione», ci si è resi conto sempre di più che in tempi di disoccupazione di massa le indennità e i risarcimenti previsti dai piani compensativi non bastano, contando molto di più avere la possibilità di trovare un lavoro dignitoso, almeno a distanza di qualche tempo. È qui che entrano in gioco i «piani di ricollocazione», i quali prevedono misure di riqualificazione per gli interessati. In origine, le aziende erano obbligate anche a sviluppare nuovi prodotti e ad aprire nuovi mercati (all'epoca si parlava di «piani per l'occupazione»), ma ciò nella pratica si è rivelato di difficile attuazione.

Al giorno d'oggi, ulteriori misure di formazione e riqualificazione possono essere agevolate dal fatto che le autorità competenti concedono la cosiddetta integrazione salariale di outplacement (per riduzione di orario o occupazione a breve) ai sensi dell'art. 111, volume III Cod. Sociale (Sozialgesetzbuch III (SGB III)) ovvero approvano sussidi inquadabili nei provvedimenti dei piani compensativi ai sensi dell'art. 110 Cod. Sociale III, mirati al «reinserimento lavorativo» degli interessati. Spesso, la società di ricollocazione si fa carico dei lavoratori interessati in forza di un «contratto tripartisan» tra il dipendente, il datore di lavoro e la società di outplacement stessa.

⁴³ Tribunale federale del lavoro 15 febbraio 2005 – 9 AZR 116/04 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2005, p. 1117.

⁴⁴ Tribunale federale del lavoro 7 dicembre 2021 – 1 AZR 562/20 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2022, p. 281.

5.1.6. Garanzie occupazionali

Talora capita che si raggiungano accordi che mirano a conferire diritti esigibili in relazione alle decisioni datoriali. Esempio davvero comune ne è la garanzia del posto di lavoro per un periodo di tempo limitato, magari a titolo di compensazione, a fronte del consenso del comitato aziendale a una chiusura parziale o a una riduzione della retribuzione non salariale. Un accordo di questo tipo costituisce un negozio giuridico pienamente valido, a prescindere da come si valuti in generale l'esigibilità della conciliazione degli interessi. L'art. 113 BetrVG non ha un effetto escludente tale da prevenire l'assunzione di obblighi più stringenti da parte del datore. Non vi è comunque alcuna prova di una simile limitazione nella libertà contrattuale del datore di lavoro e del comitato aziendale; ai sensi degli artt. 111 e segg. BetrVG il comitato aziendale ha competenza anche rispetto a tali questioni. Inoltre, qualora si cercasse una decisione diversa, si dovrebbe optare per un percorso indiretto basato sull'inserimento della garanzia del posto di lavoro nei contratti di lavoro.

5.1.7. Sanzioni a carico dei datori di lavoro che si rifiutano di collaborare

Ove un datore di lavoro non consulti il comitato aziendale ai fini della conciliazione di interessi in violazione dell'art. 111, primo periodo, BetrVG e, cionondimeno, attui il cambiamento aziendale previsto, si potrebbe trovare a pagare un caro scotto; per questi casi l'art. 113, comma 3, BetrVG prevede un'indennità di licenziamento ai sensi dell'art. 10 KSchG (che si applica ai licenziamenti illegittimi) per tutti i dipendenti che perdono il posto di lavoro in ragione di provvedimenti del datore di lavoro. Non rileva qui in che modo si configuri la perdita del posto di lavoro; è ricompreso anche il dipendente che risolve contestualmente il rapporto o che rassegni le dimissioni⁴⁵.

Il diritto all'indennità può arrivare fino a dodici mensilità, a dispetto nel caso dei lavoratori più anziani; essa si innesca esclusi-

⁴⁵ Tribunale federale del lavoro 8 novembre 1988 – 1 AZR 687/87 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1989, p. 278.

vamente in ragione del diritto di partecipazione ceduto al comitato aziendale e non preclude a questo la possibilità di richiedere successivamente la stipula di un piano compensativo.

È da notare che l'art. 113 BetrVG, nonostante il suo «carattere sanzionatorio», si applica anche laddove al datore di lavoro non siano addebitabili responsabilità⁴⁶, perché magari ha avviato troppo tardi le trattative con il comitato aziendale o si è astenuto dal ricorrere alla Commissione di conciliazione⁴⁷. Tuttavia, il carattere sanzionatorio dell'art. 113 BetrVG perde gran parte del suo effetto laddove il comitato aziendale giunga successivamente alla conclusione di un piano di compensazione, in quanto il ristoro dei danni subiti avviene per intero sulla base delle indennità ivi previste⁴⁸. Vi si potrebbe derogare ad esempio in virtù di una decisione della Commissione di conciliazione, ma solo di rado i lavoratori ottengono tanto.

6. Possibilità di azione dei sindacati

Le trattative sulla conciliazione degli interessi e sul piano compensativo non fanno venir meno le possibilità di azione del sindacato. Come si evince indirettamente dall'art. 112, comma 1, quarto periodo BetrVG, il sistema di contrattazione collettiva e le trattative sulla conciliazione degli interessi e sul piano compensativo vanno di pari passo. Il sindacato può quindi stipulare un contratto collettivo che prevede prestazioni da parte del datore di lavoro che vanno ben oltre quanto può essere ottenuto in virtù di un piano di compensazione.

Il datore di lavoro non sarà disposto a fare tali concessioni volontariamente. La questione è piuttosto se gli iscritti al sindacato,

nonché la maggior parte dell'organico, siano disposti a scioperare. Di norma, ciò non accade, perché in Germania l'interruzione del lavoro non è una condotta accettata e praticata da molti lavoratori. Generalmente, ci si può aspettare che nelle trattative sul piano compensativo si faccia riferimento a una «soluzione alternativa» implicante un accordo sindacale. Se il datore di lavoro prende seriamente in considerazione questa soluzione, probabilmente sarà maggiormente disponibile al compromesso.

Quando nel caso specifico si è disposti ad astenersi dal lavoro, sul fronte della giurisprudenza di solito non sussistono ostacoli di natura giuridica allo sciopero⁴⁹. Nella fattispecie appena menzionata il sindacato aveva chiesto che i lavoratori licenziati continuassero a percepire la retribuzione per tre anni e che il datore di lavoro dovesse farsi carico dei costi di riqualificazione non sostenuti dall'amministrazione competente per le politiche del lavoro. Il Tribunale federale del Lavoro ha stabilito che non era suo compito esaminare la congruità delle richieste e che le parti interessate erano libere di agire. Lo sciopero è sempre legittimo se si tratta di far fronte alle conseguenze della chiusura di un'azienda. Anche se l'accettazione delle richieste avanzate con lo sciopero dovesse rendere economicamente insensata la delocalizzazione prevista, secondo il Tribunale federale del Lavoro non si configura un'inammissibile violazione della libertà d'impresa. Non si è ancora stabilito se sia lecito scioperare anche per un accordo collettivo che interdice la delocalizzazione, ossia cerchi direttamente di ostacolare una strategia imprenditoriale; nel caso specifico, il sindacato ha prudentemente deciso di non avanzare tale richiesta.

Vi è un'eccezione a questi principi: se c'è già in vigore un contratto collettivo non disdetto che disciplina la chiusura di un'impresa, lo sciopero sulla chiusura violerebbe l'obbligo della pace sindacale. Nella pratica, tuttavia, questi casi non si verificano quasi mai.

⁴⁶ Tribunale federale del lavoro 8 giugno 1999 – 1 AZR 831/98 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1999, p. 1168.

⁴⁷ Tribunale federale del lavoro 18 dicembre 1984 – 1 AZR 176/82 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1985, p. 400.

⁴⁸ Tribunale federale del lavoro 20 novembre 2001 – 1 AZR 97/01 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2002, p. 992.

⁴⁹ Tribunale federale del Lavoro 6 dicembre 2006 – 4 AZR 798/05, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2007, p. 987.

Il diritto dell'Unione Europea non solleva obiezioni nemmeno per quanto riguarda la possibilità di impedire alle aziende di «andarsene» in un altro Stato membro dell'Unione Europea attuando scioperi miranti a difendere i posti di lavoro. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, la limitazione della libertà di stabilimento che ne consegue è giustificata⁵⁰. Si potrebbe plausibilmente obiettare che uno sciopero non possa granché, se l'azienda in questione verrà chiusa comunque. A tale obiezione si può replicare che non sono pochi i casi in cui l'attività continua, in quanto il sito estero non è ancora (o non del tutto) disponibile. Inoltre, anche altri lavoratori non interessati dalla delocalizzazione possono scioperare per solidarietà, il che comporta una forma di pressione efficace⁵¹. Sono dinamiche che possono verificarsi all'interno di un gruppo di imprese.

Se un'azienda si impegna con il sindacato, per esempio a mantenere un numero minimo di posti di lavoro o a continuare a produrre un determinato articolo in un certo sito, in generale tale impegno è vincolante. Qualora poi il datore di lavoro annunciasse l'intenzione di agire altrimenti o addirittura desse attuazione a tale intenzione, potrebbe essere costretto con un'ingiunzione a rimanere fedele al contratto e ad adempiere agli obblighi assunti⁵².

Spesso, tuttavia, tali accordi non vengono raggiunti in risposta alla minaccia di sciopero. La situazione tipica è quella del datore di lavoro che, mosso dall'interesse di ridurre i costi retributivi in Germania, mira a concludere un accordo aziendale che riduca considerevolmente i minimi salariali previsti dal contratto di categoria, e in cambio fornisce all'organico alcune garanzie minime o diritti di codificazione su determinate questioni⁵³. Questo tipo di accordi è ipotizzabile anche in relazione alle delocalizzazioni.

⁵⁰ Corte di giustizia europea 11 novembre 2007 – C-438/05, Viking. Per ulteriori dettagli si veda Kania 2010.

⁵¹ Tribunale federale del Lavoro 19 giugno 2007 – 1 AZR 396/06 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2007, p. 1055.

⁵² Tribunale regionale del Lavoro della Bassa Sassonia 18 maggio 2011 – 17 SaGa 1939/10 – Arbeitsrecht im Betrieb 2011, p. 481.

⁵³ Per ulteriori dettagli sulle pratiche di contrattazione salariale, vd. in particolare Däubler 2016.

7. Fondo europeo di globalizzazione

In caso di misure di riduzione del personale più consistenti, è possibile ricorrere al Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione per i lavoratori in esubero (Feg), che esiste dal 1° gennaio 2007 e dispone di un bilancio annuale fino a 500 milioni di Euro. La base giuridica è stata a lungo il Regolamento (Ce) n. 1927/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006, poi profondamente rimaneggiato dal Regolamento (Ce) n. 546/2009 del 18 giugno 2009. Oggi si applica il Regolamento (Ue) 2021/691 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 aprile 2021 sul Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione per i lavoratori espulsi dal lavoro (Feg) e che abroga il Regolamento (Ue) 1309/2013.

Secondo l'art. 4, paragrafo 2, del Regolamento, il sostegno è subordinato al licenziamento di un certo numero di lavoratori entro un determinato lasso di tempo. In concreto l'articolo 4, paragrafo 2, recita:

«(2) In caso di eventi di ristrutturazione significativi, è fornito un contributo finanziario del Feg qualora si verifichi una delle circostanze seguenti:

a) la cessazione dell'attività di almeno 200 lavoratori espulsi dal lavoro o lavoratori autonomi, nell'arco di un periodo di riferimento di quattro mesi, in un'impresa di uno Stato membro, compresi i casi in cui la cessazione dell'attività riguardi imprese di fornitori o di produttori a valle dell'impresa in questione;

b) la cessazione dell'attività di almeno 200 lavoratori espulsi dal lavoro o lavoratori autonomi, nell'arco di un periodo di riferimento di sei mesi, in particolare in Pmi tutte operanti nello stesso settore economico definito a livello delle divisioni della Nace revisione 2 e situate in una regione o in due regioni contigue di livello Nuts 2 oppure in più di due regioni contigue di livello Nuts 2, a condizione che il numero complessivo dei lavoratori interessati, ivi compresi i lavoratori autonomi, sia pari ad almeno 200 in due delle regioni combinate;

c) la cessazione dell'attività di almeno 200 lavoratori espulsi dal lavoro o lavoratori autonomi, nell'arco di un periodo di riferi-

mento di quattro mesi, in particolare in Pmi, qualora operino tutti nello stesso settore economico o in settori economici diversi definiti a livello delle divisioni della Nace revisione 2 e situate nella stessa regione di livello Nuts 2».

Le versioni precedenti del Regolamento prevedevano 500 licenziamenti.

Il Feg non serve a integrare le indennità di licenziamento dei piani compensativi o a finanziare la ristrutturazione delle imprese. È destinato invece a fondare misure di politica attiva del mercato del lavoro, in particolare indennità di formazione iniziale e continua e assegni di mobilità.

In Germania sono noti solo i casi della *BenQ* e della *Heidelberger Druckmaschinen*. La società di ricollocazione creata nel caso *BenQ* ha ricevuto una sovvenzione di 12,8 milioni di euro per le misure di riqualificazione attuate, che le hanno permesso di prolungare l'attività di cinque mesi. La *Heidelberger Druckmaschinen* ha ricevuto oltre 8 milioni di euro onde rendere possibili programmi di formazione continua e di ricerca di lavoro. Inizialmente il sussidio al massimo era pari al 50% dei costi delle misure, ora invece può arrivare fino all'85%. Tuttavia, non risulta che la Germania abbia presentato altre domande. Le ragioni sono molto difficili da appurare, dato che questa possibilità di cofinanziamento è certamente menzionata nella letteratura sul diritto del lavoro.

8. Minaccia di trasferimento

Spesso si riferisce che, nella prassi, in sede di trattative con il comitato aziendale e con il sindacato venga ventilata la minaccia della delocalizzazione. Di solito ciò avviene in maniera formalmente velata, ad esempio sottolineando la «necessità economicamente inevitabile» di spostarsi in una sede con costo salariale inferiore.

Questo comportamento priva il sindacato delle condizioni per esercitare il diritto di sciopero o, più in generale, il diritto di negoziare, e costituisce un'interferenza sproporzionata con il diritto fondamentale di cui all'art. 9, comma 3 della Legge fondamentale

tedesca (*Grundgesetz* (Gg)), sebbene non esista una giurisprudenza che lo statuisca a chiare lettere. Inoltre, vi è una violazione delle Linee guida dell'Ocse per le imprese multinazionali, secondo le quali tali minacce sono espressamente vietate. Se tale minaccia viene palesata davanti a un comitato aziendale, quest'ultimo può richiedere un provvedimento ingiuntivo, poiché ostacolato nell'espletamento delle proprie funzioni⁵⁴. Tuttavia, si fa ricorso a tale possibilità solo nei casi in cui la delocalizzazione non è minacciata seriamente, perché tale provvedimento penalizzerebbe molto il datore di lavoro stesso.

9. Conclusioni

Dall'analisi delle diverse misure giuridiche che regolano la delocalizzazione in Germania si possono trarre tre conclusioni principali.

In primo luogo, nel caso di trasferimenti oltre confine, la direttiva sul trasferimento di imprese e il rispettivo articolo di recepimento normativo, ossia il 61.3a del CC ted., raramente vengono applicati in Germania, perché non viene trasferita un'entità economica autonoma. Anche se l'estensione ai casi di mero subentro nell'attività ne amplierebbe significativamente l'ambito di applicazione, la situazione non cambierebbe, poiché di norma non ci si aspetta che i dipendenti siano disposti a cambiare la loro vita, trasferendosi in un altro Paese. Pertanto, le norme sul trasferimento di azienda non sembrano adatte a mitigare le conseguenze negative della delocalizzazione sull'occupazione e sulle condizioni dei lavoratori.

In secondo luogo, il diritto tedesco prevede la possibilità di subordinare il trasferimento all'estero ad una consistente indennità. I comitati aziendali e i sindacati dispongono dei mezzi d'azione a tal fine. Nelle aziende che non dispongono di un comitato aziendale

⁵⁴ Tribunale del Lavoro di Lipsia 5 settembre 2002 – 7 BVGa 54/02 – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Rechtsprechungsreport 2003, p. 142.

e di una rappresentanza sindacale attiva, questi diritti rimangono sulla carta. In tali casi, una soluzione ipotizzabile è la previsione di un'indennità di licenziamento minima prevista per legge. In termini di politica del diritto, si dovrebbe prendere in considerazione l'idea di obbligare le aziende che delocalizzano posti di lavoro a versare un contributo a un fondo finalizzato a creare nuovi posti di lavoro.

Infine, la minaccia della delocalizzazione come forma di pressione durante la contrattazione collettiva dovrebbe essere esclusa con opportuni strumenti giuridici, al di là delle linee guida dell'Ocse sulle imprese multinazionali. La minaccia di delocalizzare, infatti, incide sia sul diritto di sciopero che sul diritto di negoziazione del sindacato, e quindi rappresenta una compressione sproporzionata del diritto fondamentale di cui all'articolo 9, paragrafo 3, della Legge fondamentale tedesca (Grundgesetz (GG)).

Bibliografia

- Arbeitsagentur (2023), https://statistik.arbeitsagentur.de/Statistikdaten/Detail/202305/arbeitsmarktberichte/monatsbericht-monatsbericht/monatsbericht-d-0-202305-pdf.pdf?__blob=publicationFile&y=1 (ultimo accesso 8/6/2023).
- BfA (2017), Arbeitsmarkt für Ausländer (Monatszahlen) (<https://statistik.arbeitsagentur.de/Statistikdaten/Detail/201712/analyse/analyse-d-arbeitsmarkt-auslaender/0-201712-pdf.pdf>) (ultimo accesso 25/4/2019).
- BfA (n.d.), https://statistik.arbeitsagentur.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Einzelheftsuche_Formular.html?nn=25122&topic_f=analyse-d-arbeitsmarkt-auslaender (ultimo accesso 17/6/2021).
- Bundesbank (n.d.), <https://www.bundesbank.de/de/statistiken/ausenwirtschaft/direktinvestitionen/-/bestandsangaben-> (ultimo accesso 25/8/2019).
- Däubler (1994), Der Erwerb deutscher Betriebe durch ausländische Unternehmen – Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen – in: Heinze/Söllner (a cura di), Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Kissel, Monaco, p. 119, pp. 133 e ss.

Däubler (2016), Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? HSI-Schriftenreihe, vol. 16, Francoforte/Meno, pp. 16 e ss. (https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-006720 e www.daeubler.de).

Däubler (2022), Däubler/Klebe/Wedde (a cura di), Kommentar zum BetrVG, 18a edizione, Francoforte/Meno, artt. 112, 112a, par. 23 e ss. e 52 e ss.

Deinert (2013), *Internationales Arbeitsrecht*, Tubinga, art. 13, par. 10 e ss. Globalization Partners (2021) (<https://www.globalization-partners.com/de/blog/guide-to-international-employee-relocation/>).

Kania, M. (2010), ZESAR 2010, pp. 112, 117 e ss.

Kinkel, Steffen (1996), *Wer Produktion ins Ausland verlagert, verschenkt Verbesserungspotentiale im Inland. Flexibilität und Produktivität sind angesichts des Arbeitsplatzabbaus bei Produktionsverlagerungen kritisch zu hinterfragen*, Fraunhofer Institut für Systemtechnik und Innovationsforschung (Iisi) 1996 (<https://www.isi.fraunhofer.de/content/dam/isi/dokumente/modernisierung-produktion/erhebung1995/pi2.pdf>).

Ocse (2011), Ocse-Leitsätze für multinationale Unternehmen, N. V 7, p. 43 (<https://www.oecd.org/daf/inv/mnc/48808708.pdf>) (ultimo accesso 21/7/2020).

PA Consulting Group (2005), Rapporto nella rivista *Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling* (<https://rsw.beck.de/cms/?toc=BC.960&docid=137679>) (12/9/2022).

Scarcelli (2017), *Die Fertigung im Ausland hat auch Nachteile* (https://swissinfo.ch/ger/heimkehr-der-produktion_usa-und-italien-vorrei-ter-bei-der-rueckfuehrung-von-produktionsstaetten/43187380).

Zwanziger/Yalcin (2020), in: Däubler/Deinert/Zwanziger (a cura di), *Kündigungsschutzrecht*, 11a edizione, Francoforte/Meno, art. 613a Bgb par. 9.