



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Massimiliano Marinelli

Clausole di rinvio al contratto collettivo e libertà di associazione nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 48/2006



© Massimiliano Marinelli 2006
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Palermo
massimiliano.marinelli@unipa.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

**Clausole di rinvio al contratto collettivo
e libertà di associazione nella recente giurisprudenza
della Corte di giustizia***

**Massimiliano Marinelli
Università di Palermo**

1. Le clausole di rinvio al contratto collettivo nell'esperienza tedesca	2
2. L'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale Federale del lavoro.....	7
3. La questione portata all'attenzione della Corte di Giustizia.	12
4. Aspetti critici della sentenza della Corte di Giustizia.	19
5. Le possibili refluenze sull'ordinamento italiano.	22

* *Saggio destinato agli scritti in memoria di Matteo Dell'Olio*

1. Le clausole di rinvio al contratto collettivo nell'esperienza tedesca

A differenza di quanto accade in Italia, nel sistema tedesco il legislatore ha da tempo risolto il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo di lavoro, dettando nel *Tarifvertragsgesetz* (Tvg) del 9 aprile 1949 (attualmente vigente nella formulazione del 25 agosto 1969) una disciplina assai puntuale¹. Secondo il § 3 Tvg il contratto collettivo trova applicazione soltanto ai datori di lavoro ed ai lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti, mentre il successivo § 5 detta le regole in forza delle quali il Ministero del lavoro può estenderne l'efficacia a tutti i soggetti che operano nel settore economico di riferimento². Il datore di lavoro è dunque legalmente vincolato ad applicare il contratto sottoscritto dall'associazione cui egli aderisce (ma la regola non muta qualora egli abbia direttamente stipulato un contratto collettivo) ai soli lavoratori che a loro volta siano membri del sindacato stipulante. Nei contratti individuali sottoscritti con questi ultimi non vi sarebbe quindi alcuna necessità di indicare in modo esplicito la disciplina collettiva applicabile, in quanto questa risulta già individuata dalla legge. Il § 4, c. 1 del Tvg dispone infine che le norme contenute nel contratto collettivo prevalgono sulle eventuali disposizioni difformi del contratto individuale, e si sostituiscono ad esse, a meno che non contengano una disciplina di miglior favore per il lavoratore³.

¹ Cfr. per tutti W. DAEUBLER, *Das Arbeitsrecht*, 1 (15° ed.), Rowohlt, Amburgo, 1998, p. 129 ss.; M. LOEWISCH, *Arbeitsrecht*, (6° ed.), Werner Verlag, Duesseldorf, 2002, p. 67 ss.; U. ZACHERT, *La negociación colectiva en Alemania*, in A. OJEDA AVILÉS (a cura di), *La negociación colectiva en Europa*, Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, Madrid, s.d. (ma 2004), p. 29 ss.

² Cfr. M. LOEWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., p. 79; U. ZACHERT, *La negociación colectiva*, cit., p. 45. A tale fine è previsto il parere di una commissione di tre esperti, nominati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, e che l'estensione dell'efficacia soggettiva sia richiesta da una delle due parti. Occorre inoltre che gli imprenditori i quali già siano vincolati al rispetto del contratto collettivo occupino non meno del 50% dei lavoratori del settore e che l'estensione dell'efficacia di questo risponda ad un interesse generale.

³ Cfr. W. DAEUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 149; U. ZACHERT, *La negociación colectiva*, cit., p. 44. Sulle recenti problematiche legate all'applicazione del principio della norma di miglior favore (*Guensitgkeitsprinzip*), ricavabile dal § 4, c. 3 del Tvg, cfr. U. ZACHERT, *Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht: alte Fragen – neue Probleme*, in *AuR*, 2002, p. 41 ss.

Dall'affiliazione all'organizzazione stipulante il contratto collettivo non deriva invece l'obbligo per il datore di lavoro di applicarne il contenuto anche ai lavoratori che non siano iscritti alla controparte sindacale⁴. Egli al contrario potrebbe concordare con essi una disciplina differenziata (di maggiore o minor favore) rispetto ai dipendenti affiliati al sindacato che ha sottoscritto il contratto collettivo applicabile. Sussiste dunque una rilevante differenza rispetto all'esperienza italiana, nella quale, in assenza di regole in merito all'applicazione del contratto collettivo ai lavoratori non aderenti ai sindacati stipulanti, si è ritenuto che il datore di lavoro sia comunque obbligato ad applicare anche a loro il contratto collettivo⁵.

Anche in Germania tuttavia nell'esperienza concreta il datore di lavoro applica normalmente a tutti i lavoratori da lui impiegati il contratto collettivo sottoscritto con il sindacato (direttamente o per il tramite dell'associazione cui egli aderisca). Tale risultato viene ottenuto attraverso l'inserimento nel contratto individuale di lavoro di una clausola secondo la quale, per quanto non espressamente previsto dalle parti, si fa rinvio al contratto collettivo⁶. Il datore di lavoro che decide di avvalersi di

⁴ Ciò a differenza di quanto accadeva nella Repubblica di Weimar, in cui, benché il *Tarifvertragsverordnung* (TVVO) all'epoca vigente prevedesse espressamente la limitazione degli effetti del contratto collettivo ai soli associati, secondo l'opinione prevalente i datori di lavoro era tenuti ad applicarlo a tutti i loro dipendenti, indipendentemente dalla loro affiliazione sindacale. Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifnormen. Verbandsaustritt, Verbandswechsel, Betriebsuebergang*, in *RdA*, 2002, p. 193 ss. (sul punto p. 195) e la dottrina e la giurisprudenza ivi citate.

⁵ Cfr. per tutti G. PERA, *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune*, in *Scritti in memoria di Pietro Calamandrei*, V, Padova, Cedam, 1958, p. 133 ss.; IDEM, *Diritto del lavoro*, (6° ed.), Padova, Cedam, 1999, p. 152; G. PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano, Franco Angeli, 1988, p. 70; F. MAZZIOTTI, *Autotutela sindacale e contratto collettivo*, in *Dir. lav.*, 2000, I, p. 481 ss.; M. RUSCIANO, *Contratto collettivo ed autonomia sindacale*, (2° ed.), Torino, Utet, p. 65; M. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 216. In giurisprudenza cfr. per tutte Cass. 8 agosto 1978, n. 3867, in *Foro it.*, 1978, I, c. 2431, con nota favorevole di G. PERA; Cass. 30 gennaio 1992, n. 976, in *Or. giur. lav.*, 1992, p. 517 ss.; Cass. 23 aprile 1999, n. 4070, in *Not. giur. lav.*, 1999, p. 495 ss.

⁶ Nella letteratura sull'argomento è d'uso il rinvio allo studio di U. PREIS, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, Luchterhand, Neuwied, 1993, p. 62, secondo cui la maggior parte (circa il 90%) dei contratti di lavoro individuali in Germania contiene clausole di questo tipo. Cfr. M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag*, Colonia, Verlag dr. Otto Schmidt, 2001, p. 1; S. SEITZ – M. WERNER, *Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln bei Unternehmensumstrukturierungen*, in *NZA*, 2000, p. 1257 ss.; T. KANIA, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifvertraege bei Veraenderung der*

tali clausole però normalmente le inserisce in tutti i contratti individuali, in quanto egli non è in grado di sapere se la sua controparte è o meno iscritta al sindacato. Si è in proposito discusso se – qualora al lavoratore trovi già applicazione il contratto richiamato, ai sensi del § 3 Tvg - la clausola abbia un mero valore dichiarativo (in quanto indica un effetto che già sussiste per legge), ovvero da essa possano discendere obblighi ulteriori per il datore di lavoro, in modo non dissimile da quanto potrebbe accadere per i dipendenti non aderenti al sindacato stipulante⁷.

Le clausole di rinvio al contratto collettivo, secondo l'opinione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza⁸, fanno parte della disciplina individuale del rapporto, ed hanno dunque un effetto meramente obbligatorio. Di conseguenza la loro violazione, determinata dall'applicazione al lavoratore di un trattamento peggiore rispetto a quanto previsto nel contratto collettivo richiamato, non è sanzionata con l'applicazione del § 4 Tvg, e la conseguente sostituzione automatica della disciplina collettiva a quella individuale. L'interessato ha invece diritto soltanto al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento del datore di lavoro a quanto concordato in sede di contratto individuale (sia pure mediante il rinvio ad una fonte negoziale esterna).

Secondo la ricostruzione proposta dalla dottrina maggioritaria le clausole in questione possono essere raggruppate, sulla base del loro contenuto, in clausole di "rinvio statico", di "rinvio dinamico debole" e di "rinvio dinamico forte"⁹. Va peraltro osservato che la limpida

tariflichen Strukturen in Betrieb, in *Sonderbeilage zu NZA*, 3/2000, p. 45 ss.; B. GAUL, *Einzelvertragliche Bezugnahme beim Übergang des Arbeitsverhältnisses auf nicht tarifgebundenen Arbeitgeber*, in *BB*, 2000, p. 1086 ss.

⁷ Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 201, cui si rinvia per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁸ Cfr. G. ANNUSS, *Die einzelvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge*, in *BB*, 1998, p. 2558 ss.; P. SCHRADER, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge*, in *BB*, 2005, p. 714 ss.; G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 194; S. SEITZ – M. WERNER, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln*, cit., p. 1257; M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 10, e la giurisprudenza ivi richiamata.

⁹ Cfr. W. HROMADKA – F. MASCHMANN – F. WALLNER, *Tarifvertrag und Arbeitsvertrag bei Änderung von Verbandsmitgliedschaft, Betriebszweck und Betriebsinhaber*, Monaco di Baviera, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996, p. 75. Traduco con le espressioni "rinvio dinamico debole" e "rinvio dinamico forte" le dizioni *kleine dynamische Verweisung* e *grosse dynamische Verweisung* (letteralmente "piccolo" e "grande rinvio dinamico") in quanto sembrano maggiormente espressive del modo in cui la clausola opera. Utilizzano questa terminologia fra gli altri G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*,

classificazione operata dalla dottrina non trova riscontro concreto nella pratica, essendo comune l'impiego di clausole ambigue, in cui non risulta chiara la volontà espressa dalle parti, e la valenza che il rinvio al contratto collettivo assume¹⁰.

Si considera rinvio statico il riferimento ad uno specifico contratto collettivo, nella sua formulazione in un determinato momento. In questo caso la disciplina del contratto individuale viene integrata da una fonte il cui contenuto è già presente e conosciuto (o quantomeno conoscibile) al momento della sottoscrizione. Questa ipotesi non determina particolari problemi interpretativi in sede applicativa, in quanto le parti restano vincolate a quanto previsto dalla versione del contratto collettivo richiamato, ma non sono obbligate ad applicarne eventuali successive modifiche ed integrazioni. Le clausole di rinvio statico non sono però molto utilizzate in quanto, pur avendo (per i datori di lavoro che già applicano un contratto collettivo) il vantaggio di non attribuire in via immediata ai lavoratori non affiliati alle organizzazioni sindacali eventuali aumenti contrattuali, possono essere oggetto di modifica soltanto con il loro consenso¹¹.

Qualora invece la clausola rinvii al contratto collettivo vigente in un determinato settore economico, senza alcuna ulteriore specificazione, ovvero con la precisazione che di esso troverà applicazione non soltanto la versione vigente al momento della sottoscrizione del contratto individuale, ma anche ogni successiva modifica o integrazione, il rinvio viene definito "dinamico debole". Sono queste le clausole che pongono i maggiori problemi interpretativi, specialmente nel caso in cui il datore di lavoro successivamente receda dall'associazione stipulante (per iscriversi

cit., p. 195; M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, *cit.*, p. 42, mentre P. HANAU, *Die Rechtsprechung des BAG zur arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf Tarifverträge*, in *NZA*, 2005, p. 489 ss. preferisce invece parlare di rinvio "semidinamico" (*halbdynamische*) e "pienamente dinamico" (*voll-dynamische*).

¹⁰ Cfr. P. HANAU, *Die Rechtsprechung*, *cit.*, p. 494; B. GAUL, *Einzelvertragliche Bezugnahmeklausel*, *cit.*, p. 1088; T. KANIA, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, *cit.*, p. 50.

¹¹ Cfr. per tutti A. BRAUN, *Verbandstarifliche Normen in Firmentarifverträgen und Betriebsvereinbarungen*, in *DB*, 1986, p. 1428 ss. A conclusioni analoghe si perviene in Italia nel caso in cui le parti, mediante il rinvio nel contratto individuale di lavoro ad un contratto collettivo, non abbiano inteso richiamare un sistema contrattuale che conformi dall'esterno il contenuto della disciplina del rapporto, ma soltanto una specifica versione del contratto collettivo. Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 230; M. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, *cit.*, p. 215.

eventualmente ad un altro sindacato, con conseguente obbligo di applicare un diverso contratto collettivo), oppure ceda l'azienda, o il ramo di essa, cui è adibito il lavoratore interessato, ad un soggetto non obbligato all'applicazione di alcun contratto collettivo, ovvero vincolato ad un contratto collettivo diverso da quello del cedente¹².

Se infine le parti non fanno riferimento al contratto collettivo vigente in un determinato settore, ma semplicemente al contratto collettivo alla cui applicazione il datore di lavoro è di volta in volta tenuto in forza del § 3 Tvg, sussiste un "rinvio dinamico forte". In tale ipotesi si ha la massima libertà per il datore di lavoro, il quale può in qualunque momento sostituire alla disciplina collettiva fino ad allora applicata un diverso contratto collettivo, purché sia vincolato al suo rispetto da una fonte di disciplina diversa dal contratto di lavoro individuale.

Siffatte clausole peraltro non sono presenti soltanto nei contratti di assunzione in cui la parte datoriale è obbligata al rispetto di un contratto collettivo in forza della sua diretta sottoscrizione, o dell'affiliazione ad una organizzazione stipulante. Talvolta infatti anche un datore di lavoro non iscritto ad alcuna associazione sindacale inserisce nei contratti con i suoi dipendenti una clausola di rinvio ad un contratto collettivo, perché integri la disciplina del rapporto individuale¹³. Accade inoltre che un datore di lavoro, già vincolato all'applicazione di uno specifico contratto collettivo nei confronti di alcuni lavoratori in forza del § 3 Tvg, preveda nel contratto di assunzione degli altri dipendenti una clausola di rinvio ad un diverso contratto collettivo. Egli inoltre potrebbe concordare anche con i lavoratori nei cui confronti è già tenuto al rispetto di una specifica disciplina collettiva l'applicazione di un diverso contratto collettivo, a condizione che da questo derivi per loro un trattamento di miglior favore. Tali clausole dovrebbero essere formulate come rinvio statico o dinamico debole, ma non come rinvio dinamico forte, in quanto mancherebbe il termine di riferimento (il contratto collettivo alla cui applicazione il datore di lavoro sia di volta in volta tenuto). Se però le parti abbiano

¹² Sulle questioni derivanti dal recesso dall'organizzazioni stipulante, dall'iscrizione ad un sindacato diverso e dalla cessione dell'azienda cfr. in generale M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme, cit.*, rispettivamente p. 69 ss., p. 92 ss. e p. 185 ss.; G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme, cit.*, rispettivamente p. 202 ss., p. 206 ss. e p. 208 ss.

¹³ Cfr. M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme, cit.*, p. 4; P. HANAU, *Die Rechtsprechung, cit.*, p. 489.

espressamente fatto riferimento al contratto collettivo di volta in volta applicabile, si ipotizza la possibile reviviscenza degli effetti della clausola nel caso in cui l'obbligo di applicare un contratto collettivo in forza del § 3 Tvg sorga in un momento successivo alla sottoscrizione del contratto individuale.

2. L'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale Federale del lavoro.

In giurisprudenza si è a lungo ritenuto che le clausole in questione, laddove fossero inserite nel contratto individuale con un datore di lavoro già tenuto a rispettare il contratto collettivo richiamato, avrebbero dovuto essere interpretate come "clausole di parificazione del trattamento dei lavoratori"¹⁴. Mediante esse il datore di lavoro si sarebbe proposto esclusivamente di assicurare un trattamento eguale a tutti i suoi dipendenti, indipendentemente dalla loro appartenenza al sindacato stipulante il contratto collettivo da lui applicato. Ciò anche qualora la clausola non contenesse esplicitamente l'indicazione del già esistente vincolo del datore di lavoro al rispetto del contratto collettivo richiamato, e non fosse stato reso esplicito nel contratto di assunzione lo scopo di equiparare i lavoratori iscritti al sindacato a quelli non iscritti¹⁵. La cessazione dell'obbligo del datore di lavoro di applicare il contratto richiamato, e l'eventuale introduzione di una nuova disciplina collettiva, avrebbe dunque prodotto i suoi effetti anche nei confronti dei lavoratori nel cui contratto era inserita la clausola di rinvio. Diversamente l'obiettivo perseguito dal datore di lavoro non avrebbe potuto essere raggiunto.

L'eventuale inclusione della clausola in tutti i contratti di assunzione (compresi quelli sottoscritti con lavoratori affiliati al sindacato stipulante) veniva motivata dalla circostanza che il datore di lavoro non era in condizione di sapere, al momento dell'assunzione, se il lavoratore fosse affiliato ad una organizzazione sindacale, e dunque se il contratto collettivo cui egli era vincolato fosse o meno applicabile al dipendente. La natura dichiarativa della clausola veniva infine giustificata richiamando il

¹⁴ Traduco con questa espressione il termine tedesco *Gleichstellungsabrede*, impiegato generalmente dalla giurisprudenza. Cfr. P. SCHRADER, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 714; T. KANIA, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 45; S. SEITZ – M. WERNER, *Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln*, cit., p. 1268.

¹⁵ Cfr. Tribunale Federale del Lavoro, 26 settembre 2001, in *BB*, 2002, 1264.

§ 2, c. 3 del *Nachweisgesetz* del 20 luglio 1995 (NachwG) - con cui è stata recepita la direttiva comunitaria 91/533 concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro - secondo il quale alcune delle informazioni da dare per iscritto al dipendente entro un mese dall'inizio del rapporto possono essere comunicate facendo riferimento al contratto collettivo applicabile¹⁶. Inserendo una clausola di rinvio nel contratto individuale il datore di lavoro si sarebbe dunque limitato ad adempiere l'obbligo di informazione contenuto nella legge.

Sarebbe stato peraltro possibile ritenere che le parti avessero voluto inserire in modo definitivo nella disciplina del rapporto individuale i successivi prodotti di una specifica fonte negoziale collettiva, ma ciò soltanto a condizione che il tenore letterale della clausola escludesse in modo certo l'intenzione di operare soltanto una parificazione di trattamento tra lavoratori iscritti e non iscritti all'organizzazione sindacale stipulante¹⁷.

Qualora invece il datore di lavoro non fosse stato già tenuto ad applicare un contratto collettivo, la clausola di rinvio non avrebbe potuto essere interpretata come espressione della volontà di assicurare un trattamento uguale a tutti i dipendenti. Benché sul punto non vi sia stata un'elaborazione in giurisprudenza altrettanto ampia, si doveva ritenere che il datore di lavoro (ed il suo eventuale successore, in forza della cessione dell'azienda o del ramo di essa in cui il lavoratore era inserito) fosse vincolato (salva la possibilità di una modifica consensuale del contenuto del contratto individuale) ad applicare il contratto collettivo oggetto del richiamo. Peraltro nel caso in esame si riteneva che la clausola assumesse normalmente il valore di un rinvio statico, essendo interesse del datore di lavoro ottenere, mediante il rinvio al contratto collettivo, una disciplina uniforme dei rapporti di lavoro con i propri dipendenti, senza però impegnarsi ad applicare anche future modifiche alla disciplina, di contenuto necessariamente incerto¹⁸. Allo stesso modo, nel caso in cui la clausola di rinvio richiamasse un contratto collettivo

¹⁶ Cfr. G. ANNUSS, *Die einzelvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 2558.

¹⁷ Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 199, i quali osservano che in questo modo veniva sostanzialmente posto a carico del lavoratore l'onere di portare elementi tali da superare una presunzione non fondata su precisi dati normativi.

¹⁸ Cfr. P. HANAU, *Die Rechtsprechung*, cit., p. 489; P. SCHRADER, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 715.

diverso da quello alla cui applicazione il datore di lavoro era tenuto (nei confronti dei soli lavoratori iscritti al sindacato stipulante) in forza del § 3 Tvg, non si poteva ritenere che questa avesse come fine la parificazione del trattamento dei dipendenti, essendo invece palese la volontà di applicare ai lavoratori non affiliati all'organizzazione sindacale una disciplina diversa.

La ricostruzione operata dalla giurisprudenza era stata criticata da parte della dottrina, che – sia pure con accenti diversi – riteneva che la lettura del rinvio al contratto collettivo come clausola di parificazione del trattamento dei lavoratori non trovasse alcun riscontro nella legislazione vigente, e si fondasse più su un rinvio acritico a precedenti giurisprudenziali in molti casi ambigui¹⁹, che su una reale applicazione delle disposizioni in materia di interpretazione del contratto (le sole cui si può fare riferimento per ricostruire la volontà delle parti). Attribuendo rilievo all'intenzione del datore di lavoro, anche nel caso in cui questa non fosse stata esplicitata nel contratto, la giurisprudenza avrebbe inoltre confuso il motivo soggettivo del datore di lavoro (del tutto irrilevante ai fini interpretativi) con lo scopo del negozio (che deve essere comune ad entrambe le parti)²⁰. Veniva inoltre sottolineato che ai sensi del § 305c, c. 2 del BGB, applicabile anche al contratto di lavoro in forza del successivo § 310, c. 4²¹, il testo della clausola di rinvio (contenuta normalmente in contratti il cui testo è predisposto dal datore di lavoro) avrebbe dovuto essere interpretato, in caso di ambiguità, nel senso meno favorevole alla parte predisponente. Aderendo alla lettura data dalla giurisprudenza si

¹⁹ Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 196. Dall'esame condotto sui precedenti giurisprudenziali risulta che l'idea secondo cui le clausole di rinvio al contratto collettivo mirano a garantire la parità di trattamento fra i lavoratori nasce con riferimento alla peculiare situazione dell'impiego alle dipendenze di amministrazioni pubbliche, e soltanto successivamente è estesa al settore privato (cfr. Tribunale Federale del lavoro, 20 marzo 1991, citato dagli autori sopra indicati).

²⁰ Cfr. T. KANIA, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 45; G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 196.

²¹ Si tratta di disposizioni in materia di condizioni generali di contratto, già contenute in una legge speciale ed inserite nel BGB dalla riforma del diritto delle obbligazioni del 2001. Cfr. U. FALK, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: una valutazione critica*, in *Riv. crit. dir. civ.*, 2005, p. 501 ss. (sul punto p. 504, n. 6).

finiva invece con l'interpretare il testo nel senso più favorevole a quest'ultima²².

Con una decisione²³ nella cui motivazione emerge un consapevole dialogo con la dottrina (i cui argomenti sono richiamati ed analizzati in modo approfondito)²⁴ il Tribunale federale del lavoro ha in parte mutato la propria giurisprudenza, ritenendo che per i contratti conclusi dopo il 31 dicembre 2001 (data in cui è entrata in vigore la riforma del diritto delle obbligazioni che ha inserito nel BGB il § 305c) il rinvio al contratto collettivo non debba più essere interpretato, salvo un'espressa volontà contraria delle parti, soltanto come clausola di parificazione dei trattamenti (lasciando invece – per esigenze di certezza interpretativa – immutato il suo orientamento riguardo ai contratti conclusi prima della data citata). Ciò innanzitutto in quanto nel momento in cui inserisce la clausola all'interno del contratto di assunzione il normale datore di lavoro non può essere consapevole dei futuri mutamenti della propria affiliazione sindacale, né tantomeno del cambiamento della titolarità del rapporto derivante da un trasferimento di azienda o di un ramo di essa, per cui non può avere come obiettivo quello di favorire tali operazioni. Peraltro in questo modo si cade nello stesso errore già rilevato, in quanto si attribuisce rilievo alla soggettiva intenzione di una delle parti, che nel caso in cui non sia esplicitata nel testo negoziale non assume alcun valore interpretativo. Assai più convincente è invece il richiamo alle norme in materia di interpretazione del contratto contenute nel BGB. In particolare ad avviso del Tribunale non soltanto il principio della interpretazione

²² Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 196. Non mancavano autori (cfr. T. KANIA, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 50; M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 252), che proponevano possibili formulazioni delle varie tipologie di clausole, volte ad evitare il ripetersi di ambiguità ed incertezze interpretative.

²³ Cfr. Tribunale Federale del lavoro, 14 dicembre 2005, 4 AZR 536/04, in www.juris.bundesarbeitsgericht.de. La questione riguardava una fisioterapista, il cui contratto di lavoro conteneva il rinvio ad un contratto collettivo del 1961 (abbondantemente scaduto all'epoca dell'assunzione) e ai contratti collettivi che lo avessero completato, modificato o integrato. La lavoratrice aveva agito in giudizio per ottenere il riconoscimento del diritto agli incrementi retributivi successivi alla cessione dell'azienda in cui era impiegata ad un soggetto non obbligato all'applicazione di alcun contratto collettivo.

²⁴ Cfr. i punti 17 e 18 della sentenza, che richiama tra gli altri gli scritti di REICHEL, HANAU, THUESING, LAMBRICH ed ANNUSS citati nelle note precedenti.

contra stipulatorem di cui al § 305c, c. 2 BGB²⁵, ma anche le disposizioni di cui ai §§ 307, c. 1 e 306 BGB si oppongono alla lettura data in passato dalla giurisprudenza alle clausole in esame. Dalla prima delle norme in questione si ricava il principio secondo cui le condizioni generali di contratto non possono svantaggiare la controparte in modo contrario ai principi di correttezza e buona fede (circostanza questa che, secondo quanto dispone il § 307 BGB, si può verificare anche qualora il testo non sia stato formulato in modo chiaro), mentre per la seconda disposizione l'invalidità di una delle condizioni generali non inficia la validità del contratto. Da tali regole il Tribunale ricava il principio generale secondo cui chi predispone una clausola non può trarne giovamento nel caso in cui il suo contenuto sia ambiguo, per cui non è possibile dare alla clausola *a priori* una lettura comunque favorevole al predisponente. Se può dunque accadere che nel contratto individuale le parti prevedano per il dipendente non affiliato al sindacato stipulante il contratto collettivo un trattamento eguale ai lavoratori cui invece questo trova applicazione in forza del § 3 Tvg, ciò non costituisce l'unico possibile significato della clausola di rinvio. E' invece possibile che, indipendentemente dalla sussistenza dell'obbligo per il datore di lavoro di applicare un contratto collettivo, le parti vogliano inserire come clausola del contratto individuale – ed in quanto tale non modificabile unilateralmente – il rinvio ad un singolo contratto collettivo, ovvero ad un sistema contrattuale, come fonte di integrazione della disciplina del loro rapporto, disponendo che questa possa essere mutata soltanto con il consenso del lavoratore. L'opzione per l'una o per l'altra lettura è interamente rimessa ad una corretta applicazione delle norme in materia di interpretazione del contratto.

Tali conclusioni peraltro rischiano di essere rimesse in discussione da un intervento della Corte di Giustizia di poco successivo, che ha dettato principi in parte contrastanti, sia pure nel solo caso (limitato dal punto di vista dogmatico, ma assai comune nella pratica) in cui si discute dell'applicazione della clausola in presenza di un successivo trasferimento di azienda (o di parte di essa)²⁶.

²⁵ Già richiamato peraltro per risolvere il caso portato alla sua attenzione da Tribunale Federale del lavoro, 9 novembre 2005, - 5 AZR 128/05, in *NZA*, 2006, p. 202.

²⁶ Cfr. Corte giust., 9 marzo 2006, *Werhof*, in *EuZW*, 2006, 276. Il testo in lingua italiana può essere consultato nel sito www.europa.eu.int.

3. La questione portata all'attenzione della Corte di Giustizia.

Conformemente alla direttiva comunitaria 2001/23, relativa alla tutela dei lavoratori in caso di cessione di una impresa, di uno stabilimento, o di una loro parte²⁷, il § 613a BGB, dopo avere previsto che in caso di cessione dell'azienda o di un ramo di essa il cessionario subentra nel contratto di lavoro concluso con il cedente (salvo l'esercizio del diritto di resistenza da parte del lavoratore, che può così mantenere il rapporto con la sua controparte originaria)²⁸, detta una tutela differenziata in merito ai trattamenti di fonte individuale e di fonte collettiva²⁹. In particolare, secondo la prima parte del c. 1 della disposizione citata, qualora un'azienda o un ramo di essa vengano trasferiti ad un altro titolare, questi subentra nei diritti e negli obblighi afferenti ai rapporti di lavoro in corso al momento del trasferimento. Per la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia sono ammesse in questo caso modifiche unilaterali delle condizioni del rapporto soltanto nel caso in cui l'ordinamento nazionale le avrebbe consentite anche al cedente³⁰. In forza della seconda parte del c.

²⁷ Cfr. per tutti R. FOGLIA, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria in materia di trasferimento di azienda*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 28, 2004, p. 189 ss.; F. VALDES DAL RÉ, *Transfers of undertakings: an experience of clashes and harmonies between Community law and national legal system*, in S. SCIARRA (a cura di), *Labour law in the courts*, Oxford – Portland, Oregon, Hart Publishing, 2001, p. 179 ss.; S. LAULOM, *Les dialogues entre juge communautaire et juges nationaux en matière de transfert d'entreprise*, in *Dr. soc.*, 1999, p. 821 ss.

²⁸ Si tratta del cosiddetto "diritto di resistenza" (*Widerspruchrecht*), espressamente introdotto nel § 613a BGB dalla l. 23 marzo 2002, di recepimento della direttiva 2001/23, che peraltro non indica le conseguenze del rifiuto del passaggio. Per opinione praticamente unanime però in questo caso in lavoratore non passa alle dipendenze del cessionario, ma resta alle dipendenze del cedente. Cfr. per tutti M. LOEWISCH, *Arbeitsrecht*, cit., p. 382 e la giurisprudenza ivi citata; U. RUNGALDIER, *Trasferimento d'azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 523 ss.

²⁹ Sulla disciplina del trasferimento di azienda nel diritto tedesco cfr. M. FUCHS, *La disciplina del trasferimento d'azienda nel diritto tedesco*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 28, 2004, p. 221 ss.; E. KOCHER – U. ZACHERT, *Betriebsuebergang. Die deutsche Erfahrung*, in A. OJEDA AVILÉS – J. GORELLI HERNÁNDEZ – MARIA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS, *La transmisión de empresas en Europa*, Bari, Cacucci, 1999, p. 81 ss.; M. KOERNER, *Corte di giustizia europea, corti nazionali, trasferimento di azienda. L'esperienza tedesca*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 117 ss.

³⁰ Cfr. Corte giust., 10 febbraio 1988, *Tellerup*, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 294 ss.; Corte giust., 12 novembre 1992, *Watson Rask*, in *Not. giur. lav.*, 1992, p. 863 ss.; Corte giust.,

1 invece i diritti e gli obblighi contenuti in un contratto collettivo (anche aziendale) entrano a far parte della disciplina individuale del rapporto di lavoro tra il nuovo titolare e il lavoratore, e non possono essere modificati in suo danno prima che sia trascorso un anno dal trasferimento³¹, a meno che al cessionario non si applichi già una diversa disciplina collettiva. Nel rapporto individuale vengono inserite le regole del contratto collettivo vigenti al momento della cessione, per cui il lavoratore non ha alcun diritto ai trattamenti previsti da successive modifiche³². Qualora il nuovo datore di lavoro sia vincolato al rispetto dello stesso contratto collettivo applicato dal cedente non sussiste alcun problema, in quanto continuerà a trovare applicazione il vecchio contratto collettivo, nei confronti dei lavoratori sindacalizzati ai sensi del § 3 Tvg, e per gli altri dipendenti in forza della clausola di rinvio. Qualora invece il cessionario applichi un diverso contratto collettivo (anche aziendale), questo si andrà a sostituire immediatamente alle norme entrate provvisoriamente a fare parte della disciplina individuale del rapporto.

La questione però si complica nel caso in cui il contratto individuale contenga (come normalmente accade) una clausola di rinvio ad un contratto collettivo, ed il nuovo datore di lavoro non sia vincolato alla sua applicazione dal § 3 Tvg. Secondo una prima opinione, dato che la clausola di rinvio pone un obbligo sul piano del rapporto individuale, cui è estranea la disciplina del Tvg, si dovrebbe applicare la prima parte del c. 1 del § 613a BGB. Di conseguenza il cessionario, benché vincolato all'applicazione di un contratto collettivo diverso da quello richiamato, sarebbe comunque tenuto – in forza della clausola di rinvio – al rispetto della disciplina collettiva cui si era obbligato il cedente, e non potrebbe sostituire il proprio contratto collettivo a quello richiamato, a meno che la stessa clausola (elaborata dunque nella forma del rinvio dinamico forte) non lo consenta³³. Se invece il cessionario non fosse vincolato al rispetto di alcun contratto collettivo, il rinvio dinamico forte sarebbe privo del suo oggetto (mancando la disciplina di volta in volta applicabile cui la clausola

14 settembre 2000, *Collino*, in *LPA*, 2000, p. 1113 con nota di G. BOLEGO, "Privatizzazioni" e ambito di applicazione della direttiva comunitaria sul trasferimento d'impresa.

³¹ Su tale "metamorfofi" della disciplina collettiva cfr. E. KOCHER – U. ZACHERT, *Betriebsuebergang*, cit., p. 85.

³² Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 209.

³³ Cfr. da ultimo Tribunale Federale del lavoro, 15 marzo 2006, 4 AZR 75/05, in www.juris.bundesarbeitsgericht.de.

fa riferimento), e dunque non avrebbe comunque più efficacia³⁴. Nel caso invece di un rinvio dinamico statico, o dinamico debole, il lavoratore avrebbe comunque diritto al rispetto di quanto previsto dalla versione del contratto collettivo richiamata (rinvio statico)³⁵ ovvero all'applicazione di tutte le successive versioni del contratto collettivo di lavoro, anche successive alla cessione dell'azienda (rinvio dinamico debole)³⁶.

Secondo un'altra opinione invece, dato che la clausola in questione avrebbe il solo fine di parificare il trattamento dei dipendenti non affiliati al sindacato stipulante a quello dei soggetti affiliati, la clausola di rinvio di tipo dinamico al contratto collettivo andrebbe sempre intesa nella sua variante forte, per cui il cessionario potrebbe sempre e comunque sostituire la disciplina derivante dal contratto collettivo applicato dal cedente, e richiamato dalla clausola, con la propria disciplina collettiva³⁷.

Il Tribunale superiore del lavoro di Duesseldorf si era trovato ad esaminare il caso di un lavoratore non affiliato ad alcun sindacato, il cui contratto di lavoro conteneva una clausola di rinvio al contratto collettivo vigente in un determinato settore produttivo, che il suo datore di lavoro doveva rispettare in quanto iscritto all'organizzazione stipulante. Il ramo di azienda cui il lavoratore era addetto era stato trasferito ad una diversa impresa, non facente parte di alcun sindacato, la quale aveva sottoscritto una transazione individuale con il nuovo dipendente, corrispondendo una *una tantum* in cambio della rinuncia agli eventuali aumenti maturati (ma non a quelli futuri). Dopo la conclusione della transazione il contratto collettivo cui la clausola del contratto individuale faceva rinvio era stato modificato, ed aveva previsto un incremento della retribuzione, per il cui riconoscimento il lavoratore aveva agito in giudizio.

Il Giudice aveva sollevato davanti alla Corte di Giustizia una questione interpretativa dell'art. 3, c. 1 della direttiva 2001/23, chiedendo se fosse

³⁴ Cfr. B. GAUL, *Einzelvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 1086. In giurisprudenza Tribunale Federale del lavoro, 4 agosto 1999, in *NZA*, 2000, p. 154. *Contra* G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 212, i quali (in modo non condivisibile) ritengono che in questo caso la clausola andrebbe interpretata nel senso di contenere un rinvio al contratto collettivo tenuto presente dalle parti al momento della sottoscrizione.

³⁵ Cfr. G. ANNUSS, *Die einzelvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 2561. In giurisprudenza Tribunale Federale del Lavoro 25 ottobre 2000, in *DB*, 2001, p. 1891.

³⁶ Cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 211. In senso dubitativo invece T. KANIA, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 49.

³⁷ Per un completo riepilogo delle posizioni a sostegno di tale tesi cfr. per tutti M. E. REICHEL, *Die arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 185 ss.

compatibile con tale disposizione "il fatto che, in caso di trasferimento di azienda, il cessionario non vincolato a contratti collettivi sia tenuto a rispettare un accordo concluso tra il cedente – vincolato invece alla contrattazione collettiva – ed il lavoratore, in base al quale sia stata convenuta l'applicabilità degli accordi salariali collettivi di volta in volta vincolanti per il detto cedente, qualora il menzionato obbligo di rispetto dell'accordo pregresso comporti l'applicabilità dell'accordo salariale collettivo in vigore al momento del trasferimento dell'azienda, ma non quella di analoghi accordi salariali entrati in vigore in un momento successivo", e in caso di esito negativo di tale questione, se fosse compatibile con la citata disposizione comunitaria "il fatto che il cessionario non vincolato alla contrattazione collettiva sia tenuto a rispettare gli accordi salariali collettivi entrati in vigore successivamente alla data di trasferimento dell'azienda solo fintanto che siffatta efficacia vincolante sussiste per il cedente".

Nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale, sulla base della necessità di contemperare le esigenze contrapposte dei datori di lavoro e dei lavoratori, tra le quali il diritto comunitario è chiamato a mediare, aveva sostenuto un'interpretazione della direttiva secondo cui il cessionario sarebbe vincolato al rispetto degli accordi collettivi richiamati da clausole contenute nei contratti individuali sottoscritti dal cedente con i lavoratori, soltanto entro gli "stessi limiti temporali delle condizioni di lavoro pattuite mediante accordo collettivo". Infatti il rinvio operato dal contratto individuale alla contrattazione collettiva non potrebbe permanere senza alcun limite temporale (o meglio, con il solo limite temporale della cessazione del rapporto di lavoro con il dipendente), in quanto "la cristallizzazione delle condizioni di lavoro limita il potere di direzione dell'imprenditore e condanna al fallimento qualunque tentativo di omogeneizzazione". Oltre a tale generica motivazione, l'Avvocato Generale indicava una ragione più specifica, sostenendo che "quando le clausole del contratto individuale rinviano alla disciplina della retribuzione dei successivi accordi collettivi, senza alcun limite temporale, sorge un inconveniente grave, dal momento che il nuovo titolare, qualora desiderasse intervenire sugli accordi con i sindacati, dovrebbe iscriversi all'associazione dei datori di lavoro che partecipa alle negoziazioni, il che pregiudicherebbe indubbiamente la sua libertà di associazione". Tale diritto, ad avviso dell'Avvocato Generale, "deve prevalere su qualunque altro diritto di rango inferiore, come quello del lavoratore ai vantaggi economici derivanti dall'evoluzione degli accordi collettivi sottoscritti dal

cedente". Un ulteriore elemento a sostegno di tale lettura deriverebbe dal fatto che "se gli accordi collettivi futuri incidessero in modo permanente sulla posizione di un datore di lavoro estraneo alla loro contrattazione, si determinerebbero conseguenze analoghe a quelle dei contratti che pongono oneri a carico di terzi, in violazione del principio generale *pacta tertiis nec nocent*. Potrebbe accadere che il datore di lavoro che non ha firmato un accordo venga assoggettato ad obblighi ulteriori rispetto a quelli da lui sottoscritti, venendosi così a trovare in una situazione di incertezza, esposto all'*alea* di eventuali accordi stipulati a sua insaputa". Egli proponeva dunque di rigettare l'ipotesi di una interpretazione dinamica della clausola di rinvio, e di limitare l'efficacia nel tempo del contratto collettivo cui la clausola individuale fa riferimento entro gli stessi limiti in cui viene conservata la disciplina collettiva.

Secondo la Corte di Giustizia "l'art. 3, n. 1, della direttiva dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che, qualora il contratto di lavoro rinvii ad un contratto collettivo che vincola il cedente, il cessionario che non è parte del contratto collettivo non sia vincolato da contratti collettivi successivi a quello in vigore al momento del trasferimento dell'azienda"³⁸. Un esame della motivazione nel suo complesso indica che secondo il giudice comunitario un'interpretazione dinamica delle clausole di rinvio si porrebbe in contrasto con la disciplina comunitaria. La sentenza parte dalla considerazione secondo la quale il datore di lavoro che non è vincolato ad un contratto collettivo (per legge o in applicazione della disciplina generale sui contratti) non è normalmente tenuto a rispettarne il contenuto. Applicando tale principio in modo incondizionato al trasferimento di cui alla direttiva 2001/23 il lavoratore perderebbe però immediatamente larga parte dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro, in quanto la disciplina di questo normalmente è soltanto in parte contenuta nel contratto individuale, che rimette per numerosi profili al contratto collettivo. Al fine di tutelare i lavoratori coinvolti in un trasferimento di impresa il legislatore comunitario ha dunque innanzitutto assicurato la conservazione dei diritti dei lavoratori, permettendo loro di restare al servizio del nuovo datore di lavoro alle stesse condizioni di quelle pattuite con il cedente³⁹. La successione del cessionario nel rapporto di lavoro

³⁸ Cfr. Corte giust., 9 marzo 2006, *Werhof*, cit., punto 37.

³⁹ Cfr. fra molte Corte giust., 10 febbraio 1988, *Tellerup*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1988, p. 709 ss., con nota di P. RODIERE; Corte giust., 25 luglio 1991, *D'Urso*, in *Giust. civ.* 1992, I, p. 1121 ss., con nota di G. CONTALDI, *Sulla tutela dei lavoratori in diritto comunitario in caso di*

costituisce, secondo la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, una norma imperativa, per cui né alle parti del contratto di cessione, né alle organizzazioni sindacali, è permesso derogarvi.⁴⁰ Ad avviso della Corte è corretta la ricostruzione, da tempo operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche, secondo cui la clausola di rinvio al contratto collettivo costituisce una clausola che entra a fare parte del contratto individuale di lavoro. Questa rientra dunque nell'art. 3, n. 1 della direttiva 2001/23, per cui i diritti e gli obblighi derivanti dalla fonte collettiva continuano a vincolare il cessionario, ancorché questi non aderisca all'organizzazione stipulante il contratto collettivo, o non abbia manifestato altrimenti la volontà di applicarlo. Tuttavia, mentre le altre clausole del contratto individuale continuano a produrre i loro effetti entro il solo limite temporale della cessazione del rapporto (a meno che le parti non abbiano espressamente previsto diversamente), ad avviso della Corte la clausola di rinvio ad un contratto collettivo non potrebbe avere una portata più ampia del contratto al quale rinvia. Sarebbe dunque necessario fare riferimento, al fine di determinare la durata dell'efficacia di tale clausola, all'art. 3, n. 2 della direttiva 2001/23, che pone un preciso limite all'applicabilità da parte del cessionario del contratto collettivo al cui rispetto il cedente era obbligato. Questo infatti produce i suoi effetti soltanto "fino alla data della sua risoluzione o della sua scadenza, ovvero fino all'entrata in vigore o all'applicazione di un altro contratto collettivo", peraltro con la possibilità, anche in assenza di una delle ipotesi appena richiamate, di limitare l'applicazione del contratto collettivo ad un periodo ancora più breve, che non può essere inferiore ad un anno⁴¹. Dalla disposizione in esame risulterebbe dunque che il

trasferimento di imprese oggetto di amministrazione straordinaria; Corte giust., 12 novembre 1996, *Rotsart de Hertaing*, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 154 ss.; Corte giust., 12 novembre 1998, *Europièces*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 506 ss., con nota redazionale *Trasferimento di azienda: consenso del dipendente alla prosecuzione del rapporto di lavoro con l'azienda cessionaria*.

⁴⁰ Cfr. Corte giust., 25 luglio 1991, *D'Urso*, *cit.*, punto 20; Corte giust., 14 novembre 1996, *Rotsart de Hertaing*, *cit.*, punto 18.

⁴¹ In senso contrario alla tesi sostenuta nel testo cfr. U. CARABELLI – B. VENEZIANI, *Il trasferimento di azienda in Italia*, in A. OJEDA AVILÉS – J. GORELLI HERNÁNDEZ – MARIA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS, *La transmisión de empresas en Europa*, *cit.*, p. 103 ss. (sul punto p. 142 – 143) e la dottrina citata alla n. 85, secondo i quali nessuna modifica potrebbe comunque essere prevista prima di un anno. A sostegno di quanto qui affermato cfr. Corte giust., 9 marzo 2006, *Werhof*, *cit.*, punto 30, secondo cui "gli Stati membri possono limitare il

legislatore comunitario non avrebbe inteso vincolare il cessionario a contratti collettivi diversi da quello in vigore al momento del trasferimento e, di conseguenza, non gli avrebbe imposto di modificare ulteriormente le condizioni di lavoro con l'applicazione di un nuovo contratto collettivo stipulato dopo il trasferimento (in merito al quale i lavoratori non potrebbero vantare diritti, ma mere aspettative giuridicamente non rilevanti).

A sostegno della lettura riduttiva dell'efficacia temporale delle clausole di rinvio la Corte richiama la necessità di tutelare i diritti del cessionario (il quale "dev'essere in grado di procedere agli adeguamenti ed ai cambiamenti necessari alla continuazione della sua attività"), che, sebbene non espressamente richiamati o presi in considerazione dalla direttiva 2001/23, assumerebbero comunque rilievo. Viene inoltre richiamato il principio, costantemente osservato dalla giurisprudenza della Corte, in forza del quale, nel rispetto del principio dell'unità dell'ordinamento giuridico comunitario, le direttive vanno interpretate in conformità ai principi generali di questo, tra cui il rispetto dei diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, o risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri, come disposto dall'art. 6, n. 2 del Trattato⁴². Tra questi rientra anche la libertà di associazione⁴³, sancita dall'art. 11 della Convenzione citata (e, si potrebbe aggiungere, riconosciuta dall'art. 11 della Carta Comunitaria dei diritti sociali e fondamentali dei lavoratori del 9 dicembre 1989, e dall'art. 12 della Carta dei diritti fondamentali

periodo di salvaguardia delle condizioni di lavoro derivanti dal contratto collettivo, a condizione che tale periodo non sia inferiore a un anno. Quest'ultima limitazione, in un certo senso, è sussidiaria in quanto applicabile nel caso in cui non si verifichi entro il termine di un anno a partire dal trasferimento nessuna delle situazioni sopra menzionate, vale a dire la risoluzione o la scadenza del contratto collettivo esistente, l'entrata in vigore ovvero l'applicazione di un nuovo contratto collettivo".

⁴² Cfr. B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 3803 ss. In giurisprudenza da ultimo Corte giust., 1 aprile 2004, *Borgmann*, in *Racc.* 2004, I, p. 3219 s., punto 30.

⁴³ Cfr. in proposito Corte giust., 15 dicembre 1995, *Bosman* (punto 79), in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 601 ss., con nota di M. ORLANDI, *Ostacoli alla libera circolazione dei calciatori e numero massimo di "stranieri comunitari" in una squadra: osservazioni in margine alla sentenza Bosman*; Corte giust., 6 marzo 2001, *Connolly*, in *Racc.*, 2001, I, p. 1611 ss.

dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000), la quale comprende altresì il diritto di non fare parte di alcun sindacato⁴⁴. Nel caso in cui la clausola di rinvio rendesse applicabili al cessionario i contratti collettivi futuri, dei quali egli non è parte, si metterebbe in discussione il suo diritto fondamentale di non associarsi, in quanto per intervenire sul loro contenuto egli sarebbe costretto ad aderire ad una delle associazioni stipulanti. Un'interpretazione della clausola "statica", tale da rendere obbligatoria l'applicazione del contratto collettivo soltanto per un periodo limitato, e non superiore a quello già previsto per la conservazione dei trattamenti di fonte collettiva, eviterebbe invece che il cessionario sia vincolato a future evoluzioni del contratto collettivo sulle quali egli non possa influire, e delle quali non abbia tenuto conto al momento dell'acquisto per valutarne la convenienza economica, tutelando in questo modo pienamente la sua libertà di associazione.

4. Aspetti critici della sentenza della Corte di Giustizia.

La Corte di giustizia ha dunque fortemente limitato gli effetti che le clausole di rinvio al contratto collettivo possono avere nei confronti del cessionario. Infatti, quale che ne sia la formulazione, esse potranno disporre soltanto un rinvio statico al contratto collettivo preesistente al trasferimento. Questo continuerà a produrre i suoi effetti dopo la cessione, ma a differenza delle altre clausole contenute nel contratto di lavoro individuale soltanto fino a quando il contratto collettivo si risolve o scada, ovvero il cessionario applichi una diversa disciplina collettiva. Non sarebbe invece conforme al diritto comunitario un'interpretazione dinamica delle clausole di rinvio, che consentisse al lavoratore di conservare il diritto all'applicazione del trattamento collettivo previgente anche dopo il passaggio alle dipendenze del cessionario. In sostanza dunque la clausola inserita nel contratto individuale non accresce in alcun modo la tutela dei diritti di fonte collettiva. Nella ricostruzione della Corte invero l'art. 3, n. 2 della direttiva 2001/23 non ha soltanto lo scopo di

⁴⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 agosto 1981, *Young*, in *Foro it.*, 1982, IV, c. 133 ss., con nota di E. TRIGGIANI, *Libertà sindacale "negativa" e convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Sulla nozione di libertà sindacale resta essenziale il rinvio a M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. DELL'OLIO – G. BRANCA, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, Cedam, 1980, p. 1 ss.; G. PERA, *Libertà sindacale: diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, s.d. (ma 1974), p. 501 ss.

tutelare i lavoratori, che conservano per un periodo di tempo limitato il diritto al godimento dei trattamenti collettivi previgenti, ma soprattutto protegge l'interesse del cessionario a sostituire la propria disciplina collettiva a quella già applicata dal cedente, anche contro una espressa previsione contraria contenuta nel contratto di lavoro individuale. Soltanto nel caso in cui egli non sia vincolato all'applicazione di alcun contratto collettivo sarà tenuto al rispetto della disciplina collettiva del cedente, soltanto però fino alla sua scadenza (a meno che il legislatore nazionale non preveda addirittura un termine più breve, a condizione che questo non sia inferiore ad un anno). Inoltre, qualora la disciplina richiamata non abbia un termine di scadenza, ed il diritto nazionale consenta di recedere dal contratto collettivo (come accade in Italia)⁴⁵, si deve ritenere che il cessionario, facendo uso di una facoltà già attribuita astrattamente al cedente, possa liberarsi dell'obbligo in questione, purché ciò avvenga decorso un anno dal trasferimento.

Nonostante la questione non sia stata espressamente affrontata dal giudice comunitario, si può però osservare che nulla impedisce al datore di lavoro di assumere, mediante l'inserimento delle clausole in esame, l'obbligo di applicare un determinato contratto collettivo nei confronti dei propri lavoratori, anche indipendentemente dalla sussistenza di un preciso dovere in merito previsto *aliunde*. Tuttavia tale atto limitativo della propria libertà contrattuale (ancora prima che della libertà di associazione) non potrà produrre i suoi effetti nei confronti del terzo cui egli, in un momento successivo, ceda l'azienda.

Benché le finalità che la Corte ha inteso perseguire siano condivisibili, il fondamento giuridico delle conclusioni cui è pervenuta potrebbe essere oggetto di discussione. Invero l'affermazione secondo cui la clausola inserita nel contratto individuale non potrebbe avere un contenuto maggiore rispetto al contratto cui rinvia (e dunque non potrebbe prolungare i suoi effetti oltre la scadenza di questo) non tiene conto della circostanza che le parti potrebbero invece avere voluto richiamare

⁴⁵ Cfr. per tutti A. TURSI, *Contratto collettivo a tempo indeterminato e recesso ad nutum*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 449 ss. In giurisprudenza fra molte Cass. 9 giugno 1993, n. 6408, in *Or. giur. lav.*, 1994, I, p. 5 ss., con nota di M. TIRABOSCHI, *Contratto collettivo di lavoro a tempo indeterminato e libertà di recesso: considerazioni a proposito di un recente mutamento di indirizzo della nostra giurisprudenza di cassazione*; Cass. 7 marzo 2002, n. 3296, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 302 ss., con nota di G. GRAMICCIA, *Recesso del datore di lavoro dal patto collettivo in tema di previdenza complementare*.

espressamente non un contratto specifico, ma un intero sistema contrattuale, come fonte di disciplina del rapporto di lavoro. La clausola del contratto individuale non potrebbe mutare il suo significato per il solo fatto che sia cambiata la titolarità del rapporto di lavoro, in quanto il cessionario subentra interamente al cedente in tutti gli obblighi ed i diritti da questo assunti. Qualora dunque le parti avessero inteso fare riferimento ad un determinato sistema contrattuale, indipendentemente dalla concreta affiliazione sindacale del datore di lavoro, il trattamento richiamato – se si considera la clausola in oggetto come parte della disciplina individuale del rapporto - andrebbe conservato anche dopo il trasferimento.

Anche gli argomenti a sostegno dell'affermazione secondo cui in questo modo si violerebbe la libertà sindacale del cessionario potrebbero in realtà non essere decisivi. Invero - a parte la considerazione per cui spesso il datore di lavoro, specie nel caso di contratti sottoscritti da grandi organizzazioni, non ha in concreto alcuna possibilità di influire sul contenuto di questi, ma soltanto di recedere dall'associazione qualora non sia d'accordo con la sua politica - va rilevato che nel caso in esame il riferimento al contratto collettivo non riguarda l'intera disciplina, ma soltanto la parte in cui si determina il trattamento spettante al lavoratore. Non fanno invece parte del richiamo le clausole del contratto collettivo che individuano diritti e obblighi del datore di lavoro rispetto alle organizzazioni sindacali, e che non attribuiscono immediatamente diritti e obblighi nei confronti dei lavoratori. Non vi sarebbe dunque alcuna imposizione nei confronti del cessionario di obblighi diversi da quelli derivanti dall'acquisizione della titolarità di un contratto di lavoro individuale, alla cui redazione egli (evidentemente) non può avere partecipato. L'unica differenza consisterebbe nel fatto che la disciplina del rapporto individuale non avrebbe un contenuto conoscibile *a priori*, in quanto potrebbe essere variata da successivi mutamenti del contratto collettivo cui le parti hanno fatto rinvio. Tuttavia effetti non dissimili si avrebbero nel caso in cui il contratto individuale disponesse una determinazione della retribuzione (o di alcune voci soltanto di essa) di miglior favore per il lavoratore non in modo immediato, ma attraverso il rinvio ad una fonte (non contrattuale collettiva) esterna, suscettibile di integrarne e modificarne il contenuto in modo non immediatamente prevedibile. Si pensi al riferimento ad una percentuale della retribuzione prevista per altri dipendenti dell'impresa, ovvero ad una clausola che preveda l'adeguamento della retribuzione legandola al mutamento di

valori non controllabili dalle parti. Anche in questo caso infatti il cessionario dovrebbe subire le conseguenze di un accordo tra le parti, il cui contenuto ed il cui onere economico non sarebbe stato possibile determinare con precisione al momento del trasferimento.

5. Le possibili refluenze sull'ordinamento italiano.

Nell'esperienza italiana le clausole di rinvio al contratto collettivo (ancorché utilizzate con molta frequenza) hanno raramente dato luogo a questioni analoghe a quelle affrontate in Germania. Invero assai rare sono le sentenze che hanno esaminato la sorte del rinvio nel caso del successivo recesso del datore di lavoro dal sistema contrattuale collettivo, mentre la dottrina sul punto raramente ha effettuato analisi approfondite⁴⁶. Va qui osservato che, data l'esistenza, secondo l'opinione unanime, di un obbligo di applicazione del contratto collettivo a tutti i dipendenti, indipendentemente dalla loro iscrizione al sindacato, il rinvio non assume la natura di clausola di parificazione del trattamento dei lavoratori. Nei precedenti giurisprudenziali editi emerge che nel caso in cui il datore di lavoro sia già iscritto all'organizzazione sindacale stipulante il contratto collettivo richiamato nella clausola di rinvio, questa va intesa non come espressione di una volontà negoziale che individui nuovi e diversi obblighi tra le parti, ma soltanto come dichiarazione di un obbligo che già deriva dall'iscrizione al sindacato stesso⁴⁷. Parte della dottrina aderisce a tale ricostruzione, affermando che nel caso in cui il datore di lavoro sia già iscritto al sindacato che ha firmato il contratto collettivo richiamato non sussisterebbe alcuna ulteriore volontà negoziale, e che comunque la clausola sarebbe priva di causa, in quanto l'effetto voluto dalle parti (il riferimento al contratto collettivo) sarebbe già realizzato altrimenti⁴⁸. A sostegno di tale tesi si potrebbe anche citare l'art. 1, c. 4 del D. lgs. 26 maggio 1997, n. 152 (il quale, come l'omologa

⁴⁶ Cfr. però S. P. EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo tra iscrizione al sindacato ed adesione individuale*, in *ADL*, 2000, p. 725 ss.

⁴⁷ In tale senso cfr. sul punto specifico Trib. Trento, 11 febbraio 2000, in *ADL*, 2000, p. 815 ss. Sul principio secondo cui l'adesione, espressa o tacita, ad un contratto collettivo avrebbe un'efficacia soltanto suppletiva e residuale rispetto all'iscrizione alle organizzazioni stipulanti cfr. Cass. 14 aprile 1980, n. 2430, in *Riv. giur. lav.*, 1981, II, p. 129 ss.; Cass. 6 novembre 1990, n. 10654; Cass. 16 gennaio 1996, n. 319.

⁴⁸ Cfr. S. P. EMILIANI, *L'efficacia del contratto collettivo*, *cit.*, p. 740.

disciplina contenuta nel NachwG tedesco, ha recepito la direttiva comunitaria 91/533), secondo il quale talune informazioni possono essere fornite mediante il rinvio al contratto collettivo applicato, per cui il richiamo a questo potrebbe avere, per espressa previsione legislativa, soltanto un valore dichiarativo.

Tale conclusione è certamente da condividere per le clausole di rinvio contenute nella maggioranza dei contratti individuali, in cui ci si limita ad affermare che al rapporto di lavoro trova applicazione un determinato contratto collettivo, ovvero che per quanto non espressamente previsto si fa rinvio ad un determinato contratto collettivo, senza alcun impegno ad una conservazione di tali effetti anche nel caso di mutamento dell'affiliazione sindacale o della titolarità del rapporto di lavoro. Si potrebbe però dare il caso in cui le parti hanno espressamente voluto inserire nel contratto individuale uno specifico contratto collettivo, nella sua formulazione attuale, ma non nelle successive modifiche (con ciò costituendo, secondo l'opinione prevalente, una clausola individuale non modificabile unilateralmente)⁴⁹, ovvero hanno inteso integrare in via permanente il contratto individuale di lavoro con un rinvio dinamico ad una determinata fonte contrattuale. In sostanza in questo modo il datore di lavoro si impegnerebbe a conservare un determinato trattamento per tutta la durata del rapporto di lavoro (o almeno fino a quando questo costituisca una disciplina di miglior favore per il lavoratore)⁵⁰, rinunciando alla possibilità di cessare di applicare un contratto collettivo, mediante il recesso dallo stesso, ovvero dall'associazione sindacale stipulante⁵¹. Una simile interpretazione sarebbe più facilmente prospettabile per le clausole inserite nei contratti di assunzione conclusi da datori di lavoro non affiliati ad alcuna organizzazione sindacale (e per i quali ovviamente non vi può essere alcuna interferenza tra le finalità perseguite con l'iscrizione al sindacato e gli obiettivi cui si mira con la clausola di rinvio) mentre per i datori di lavoro iscritti al sindacato che ha sottoscritto il contratto richiamato l'accertamento della volontà contrattuale dovrebbe essere

⁴⁹ Cfr. V. SIMI, *Il contratto collettivo di lavoro*, Padova, Cedam, 1980, p. 132 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 1 dicembre 1989, n. 5285, in *Impresa*, 1990, p. 1392 ss.

⁵⁰ In tale senso nell'esperienza tedesca cfr. G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, cit., p. 211.

⁵¹ Cfr. A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 381 ss. (sul punto p. 400); F. CARINCI – R. DE LUCA TAMAJO – P. TOSI – T. TREU, *Il diritto sindacale*, 5° ed., Torino, Utet, 2006, p. 159.

condotto in modo assai prudente, e tenere conto del fatto che normalmente il rinvio al contratto collettivo ha in queste ipotesi un mero effetto dichiarativo di un obbligo già esistente.

Riguardo alla questione esaminata dalla Corte, va rammentato che nell'ordinamento italiano la tutela prevista per i lavoratori in caso di trasferimento di azienda dall'art. 2112 c.c. è abbastanza simile a quella prevista in Germania. Conformemente alla direttiva comunitaria si dispone infatti la successione del cessionario nel contratto di lavoro concluso dal cedente (salve alcune ipotesi particolari in cui l'effetto successorio è escluso da un accordo sindacale)⁵², e che il lavoratore conservi nei confronti del cessionario tutti i diritti derivanti dal contratto. Tale principio va però letto in correlazione all'art. 2112, c. 3, che prevede il mantenimento del trattamento economico e normativo derivante da contratti collettivi di qualunque livello fino alla loro scadenza, a meno che non vengano sostituiti da contratti di pari livello applicati dal cessionario⁵³. L'effetto sostitutivo si produce anche nei confronti di quegli accordi conclusi tacitamente mediante la reiterazione di un comportamento concludente da parte del datore di lavoro (c.d. usi aziendali)⁵⁴. Considerando la clausola di rinvio come parte del contratto individuale, e come fonte di integrazione degli obblighi del datore di lavoro (e non come mera dichiarazione di obblighi già derivanti *aliunde*) questa dovrebbe conservare i suoi effetti anche dopo la cessione di azienda, in modo non dissimile da quanto era stato ritenuto in Germania. Tuttavia alla luce della sentenza della Corte di Giustizia, ed in ossequio al principio della interpretazione del diritto nazionale conformemente al diritto comunitario⁵⁵, si dovrà ritenere che il rinvio al contratto collettivo

⁵² Cfr. U. CARABELLI – B. VENEZIANI, *Il trasferimento di azienda in Italia*, cit., 143 ss.; G. ORLANDINI, *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 593 ss.

⁵³ Sull'evoluzione di tale disciplina sia consentito il rinvio a M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 118 ss.

⁵⁴ Cfr. su tali forme di disciplina del rapporto Cass. 27 novembre 1999, n. 13294 e Cass. 17 febbraio 2000, n. 1773, entrambe in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 584 ss., con nota di S. LIEBMAN, *Comportamenti unilaterali dell'imprenditore, usi aziendali e teoria delle fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro*.

⁵⁵ Cfr. Corte giust., 10 aprile 1984, *Von Colson*, in *Foro it.*, 1985, IV, c. 59 ss., con nota di M. DE LUCA, *Discriminazioni fondate sul sesso in materia di lavoro e sistema sanzionatorio: linee di tendenza e prospettive della giurisprudenza comunitaria*; Corte giust., 13 gennaio

ad opera delle parti del contratto individuale non potrebbe comunque impedire al cessionario di sostituire ai contratti collettivi applicati dal cedente la propria disciplina collettiva, indipendentemente dalla fonte in forza dei quali gli stessi integrino il contratto di lavoro individuale. Anche dunque quando le parti abbiano manifestato chiaramente la volontà di individuare come fonte di disciplina del rapporto le future modifiche ed integrazioni del contratto collettivo, nel caso di un successivo trasferimento di azienda tale clausola cesserà di produrre i suoi effetti.

Comunque, anche qualora si ritenesse, aderendo alla critica formulata nel paragrafo precedente, che le conclusioni cui è pervenuta la Corte non siano corrette, il datore di lavoro avrebbe comunque varie possibilità per neutralizzare gli effetti negativi derivanti dalla conservazione del contratto collettivo.

In primo luogo egli potrebbe concordare con il singolo lavoratore una modifica al contratto individuale, prevedendo la soppressione della clausola di rinvio, per la quale peraltro non valgono i limiti previsti dall'art. 2113 c.c. Va poi rammentato che normalmente i contratti collettivi di lavoro contengono una clausola di inscindibilità della disciplina, per cui il lavoratore non potrebbe pretendere l'applicazione del contratto collettivo richiamato dal contratto individuale soltanto nella parte in cui dispone incrementi retributivi (è questo il problema che nell'esperienza tedesca normalmente si pone) ed accettare invece la disciplina collettiva del cessionario sotto tutti gli altri aspetti. E' stato in proposito sottolineato dalla dottrina come, qualora dalla fonte collettiva richiamata discendessero conseguenze pregiudizievoli per l'organizzazione del datore di lavoro (ad esempio l'impossibilità di fare svolgere al dipendente alcuni turni di lavoro), ciò potrebbe costituire un giustificato motivo oggettivo di licenziamento⁵⁶. Se dunque il contratto collettivo richiamato dal contratto individuale determinasse problemi di carattere organizzativo (la necessità di evitare i quali ha avuto un peso rilevante nella decisione della Corte di Giustizia) ciò potrebbe giustificare la cessazione del rapporto di lavoro. Il lavoratore sarebbe quindi per questa ragione propenso ad accettare la soppressione della clausola di rinvio, anche mediante comportamenti concludenti consistenti

1990, *Marleasing*, *ivi*, 1992, IV, c. 173 ss., con nota di L. DANIELE, *Novità in tema di efficacia delle direttive comunitarie non attuate*.

⁵⁶ Cfr. A. VALLEBONA, *Un'alternativa al "nuovo" erga omnes: il licenziamento dei dissenzienti*, in *Pol. dir.*, 1985, p. 457 ss.

nell'obbedienza alle richieste del datore di lavoro fondate sul nuovo contratto collettivo (e dunque con l'implicito riconoscimento della validità della disciplina collettiva da questo applicata)⁵⁷.

Soltanto se il contratto collettivo fosse richiamato limitatamente alla parte in cui dispone in materia di retribuzione, escludendo tutti gli altri aspetti, il lavoratore non correrebbe i rischi sopra indicati. In questo caso infatti il potere organizzativo del datore di lavoro non sarebbe intaccato, incidendo invece tale strumento di adeguamento della retribuzione soltanto sul costo dello svolgimento dell'attività economica. Peraltro, specialmente nel caso in cui tali clausole siano inserite in tutti i contratti di lavoro individuali, la loro presenza costituirebbe un costo futuro del quale (ancorché non immediatamente quantificabile) il cessionario potrebbe tenere conto al momento di valutare la convenienza economica dell'acquisto, o di contrattare il prezzo di questo⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. sulla questione per tutti G. FERRARO, *Acquiescenza (acquiescenza del lavoratore)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988.

⁵⁸ In tale senso, con riferimento al diritto tedesco, G. THUESING – T. LAMBRICH, *Arbeitsvertragliche Bezugnahme*, *cit.*, p. 212.