

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

M. POIARES MADURO

presentate il 16 giugno 2005¹

1. Nel presente procedimento si chiede alla Corte di precisare ancora una volta i confini della nozione di «trasferimento» ai sensi dell'art. 1 della direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/23/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti² (GU L 82, pag. 16). Infatti, l'Arbeitsgericht Düsseldorf (Germania), con due distinte decisioni di rinvio del 5 maggio 2004, ha sottoposto alla Corte alcune questioni relative all'applicazione di tale direttiva in caso di successione di un prestatore all'altro nell'ambito di un appalto di servizi riguardante il controllo dei passeggeri all'aeroporto di Düsseldorf. Più in particolare, il giudice del rinvio vuole sapere quali conseguenze derivino dalla messa a disposizione in

favore degli appaltatori, da parte dell'appaltante³, di determinati elementi operativi.

I — Fatti, ambito normativo e questioni pregiudiziali

2. Conformemente al contratto concluso il 24 marzo/5 aprile 2000 con la Repubblica federale di Germania, l'Aviation Defence International Germany Ltd veniva incaricata di effettuare i controlli di bagagli e passeggeri all'aeroporto di Düsseldorf. Tale contratto veniva rilevato dalla Securicor Aviation (Germany) Ltd (in prosieguo: la «Securicor»). Con lettera 5 giugno 2003, quest'ultima veniva informata che il rapporto contrattuale relativo al controllo non sarebbe stato prorogato oltre il 31 dicembre 2003, in quanto l'appalto per l'esecuzione di compiti di sicurezza aerea all'aeroporto era stato aggiudicato alla società Kötter Aviation Security GmbH&Co. KG (in prosieguo: la

1 — Lingua originale: il portoghese.

2 — Detta direttiva codifica le modifiche della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti (GU L 61, pag. 26), introdotte dalla direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, 98/50/CE (GU L 201, pag. 88).

3 — In prosieguo si farà riferimento al «committente» e all'«appaltante», indistintamente.

«Kötter»), che ha iniziato l'attività il 1° gennaio 2004.

3. Ai termini del contratto, che non sono variati con il cambio di appaltatore, la Repubblica federale di Germania mette a disposizione di quest'ultimo l'apparecchiatura per la sicurezza aerea necessaria ai fini dei controlli e provvede alla sua manutenzione. Si tratta di portali metal detector, di nastri mobili con visione automatica a raggi X (impianto di controllo bagagli e apparecchi di rilevazione radioscopica), di metal detector manuali e apparecchiature per il rilevamento di esplosivi.

4. Il contratto prevede inoltre che l'appaltatore è tenuto conformarsi all'art. 29, lett. c), n. 1, della legge sul traffico aereo (Luftverkehrsgesetz), che dispone quanto segue: «Le autorità della navigazione aerea sono preposte alla protezione da attacchi alla sicurezza del traffico aereo, in particolare dai dirottamenti aerei e dagli atti di sabotaggio. A tal fine, la competenza territoriale delle autorità della navigazione aerea si estende a tutte le aree dell'aeroporto. Qualora l'assolvimento di tali compiti richieda l'ispezione di persone e la perquisizione, l'ispezione o altro esame di oggetti, dette autorità possono avvalersi di idoneo personale ausiliario, che deve operare sotto la loro vigilanza»⁴.

5. I dipendenti dell'appaltatore incaricati di effettuare i controlli devono quindi seguire una formazione specifica di quattro settimane e superare un esame per assistenti della sicurezza aerea al fine di ricevere l'autorizzazione a svolgere tali attività di controllo.

6. Le sig.re Güney-Görres e Demir erano assunte rispettivamente dal 26 aprile 2000 e dal 7 maggio 2001 come incaricate della sicurezza e, in quanto tali, erano soggette alle disposizioni dell'art. 29, lett. c), della legge sul traffico aereo. Con lettere 26 novembre 2003, la Securicor risolveva i loro contratti di lavoro con effetto dal 31 dicembre 2003. Le dipendenti reagivano proponendo due ricorsi dinanzi all'Arbeitsgericht Düsseldorf, pervenuti alla cancelleria di detto giudice il 18 dicembre 2003, diretti a far dichiarare che i loro contratti di lavoro dovevano proseguire con il nuovo appaltatore, in quanto aveva avuto luogo un trasferimento di impresa.

7. La nozione di «trasferimento» di impresa è definita all'art. 1, n. 1, della direttiva 2001/23, che dispone quanto segue:

«a) La presente direttiva si applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti

⁴ — Detta legge viene citata nella versione adottata il 27 marzo 1999 (BGBl. 1999 I, pag. 550), da ultimo modificata con legge 6 aprile 2004 (BGBl. 2004 I, pag. 550).

o di parti di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione.

- b) Fatta salva la lettera a) e le disposizioni seguenti del presente articolo, è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria»⁵.

8. Tale disposizione è stata recepita nel diritto tedesco mediante l'art. 613 , lett. a), del Bürgerliches Gesetzbuch, il cui paragrafo 1 dispone, in particolare, che «[q]ualora un'impresa o una parte d'impresa venga trasferita mediante negozio giuridico ad un altro proprietario, quest'ultimo subentra nei diritti e negli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro esistenti al momento della cessione».

9. Secondo l'Arbeitsgericht Düsseldorf, l'esistenza di un trasferimento d'impresa dipende dall'eventuale trasferimento di ele-

menti operativi, ossia gli apparecchi per la sicurezza aerea, dalla Securicor alla Kötter. Orbene, è stato assodato che la Kötter utilizza gli stessi elementi operativi impiegati dalla Securicor e messi a disposizione dall'appaltante. Il giudice del rinvio si chiede se tale circostanza sia sufficiente per concludere che ha avuto luogo un trasferimento d'impresa ai sensi dell'art. 1 della direttiva 2001/23, quale interpretata dalla Corte nella sentenza Abler⁶. Infatti, in detta sentenza la Corte si è basata sulla messa a disposizione di elementi patrimoniali da parte di un committente per concludere che sussisteva un trasferimento d'impresa tra prestatori di servizi successivi. I dubbi del giudice del rinvio derivano anche dall'interpretazione data alla nozione di trasferimento dalla giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht, secondo cui gli elementi operativi messi a disposizione dell'appaltatore possono essere assimilati ad un elemento di quest'ultimo solo in caso di «gestione economica autonoma»⁷. Di conseguenza, con due distinte decisioni del 3 maggio 2004, riunite con ordinanza del Presidente della Corte 9 luglio 2004 a motivo dell'identità delle questioni sollevate, l'Arbeitsgericht Düsseldorf ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni:

- «1) Se, nel valutare la sussistenza di un trasferimento di impresa ai sensi dell'art. 1 della direttiva 2001/23/

6 — Sentenza 20 novembre 2003, causa C-340/01, Abler e a. (Racc. pag. I-14023).

7 — Sentenza del Bundesarbeitsgericht, ottava sezione, 11 dicembre 1997 (8 AZR 426/94, BAG E 87, 296), ordinanza 22 gennaio 1998, (8 ABR 83/96) non ancora pubblicata, e sentenza 25 maggio 2000 (8 AZR 337/99), non ancora pubblicata, riprodotte in allegato alle osservazioni del governo tedesco.

5 — Tale definizione è rimasta invariata rispetto alla versione contenuta nella direttiva 98/50.

CE — indipendentemente dalla questione dei rapporti di proprietà —, in caso di nuova aggiudicazione di un appalto, nell'ambito di una considerazione complessiva, sia condizione per l'accertamento del trasferimento dei mezzi di impresa dall'appaltatore originario al nuovo appaltatore il fatto che all'avente diritto vengano ceduti i mezzi d'impresa ai fini di una gestione economica autonoma. Se per affermare che vi sia stato trasferimento dei mezzi d'impresa sia quindi necessario che all'appaltatore sia conferito il potere di decidere sul tipo e sulle modalità dell'uso dei mezzi di impresa in funzione del proprio interesse economico. Se pertanto si debba distinguere a seconda che i mezzi d'impresa del committente costituiscono l'«oggetto» o il «mezzo» della prestazione fornita dall'appaltatore.

2) Qualora la Corte di giustizia risolve affermativamente la prima questione:

a) se sia esclusa un'imputazione dei mezzi d'impresa a una gestione economica autonoma qualora questi vengano posti a disposizione dell'appaltatore da parte del committente soltanto ai fini dell'utilizzazione e la loro manutenzione, compresi i costi ad essa connessi, venga assunta dal committente;

b) se sussista una gestione economica autonoma da parte dell'appaltatore qualora, nell'ambito dei controlli dei passeggeri negli aeroporti, l'appaltatore usi il portale metal detector, i metal detector manuali e gli apparecchi radioscopici posti a sua disposizione dal committente».

10. Tali questioni sono entrambe intese a definire le condizioni in cui si può ritenere che abbia avuto luogo un trasferimento di elementi operativi, qualora questi ultimi siano stati posti dall'appaltante a disposizione degli aggiudicatori susseguendosi nell'ambito di tale appalto.

11. In limine, rilevo che non vi sono dubbi sull'applicabilità della direttiva 2001/23 agli appalti di servizi. Nella sentenza *Watson Rask e Christensen*⁸, infatti, la Corte ha ammesso tale possibilità. Successivamente, le sentenze *Schmidt*⁹ e *Süzen*¹⁰ hanno confer-

8 — Sentenza 12 novembre 1992, causa C-209/91 (Racc. pag. I-5755, punto 17).

9 — Sentenza 14 aprile 1994, causa C-392/92 (Racc. pag. I-1311, punti 12-14). Tuttavia, successivamente a tale pronuncia, fortemente criticata dalla dottrina, la Commissione aveva suggerito, in una proposta di revisione della direttiva 77/187, di distinguere tra il trasferimento di un'entità, da un lato, e il trasferimento soltanto di un'attività dell'entità, che non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della direttiva, dall'altro. Dinanzi all'opposizione del Parlamento europeo, la Commissione delle Comunità europee ha modificato la sua proposta originale e ha eliminato questa clausola dal testo. Tuttavia la sentenza 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Süzen* (Racc. pag. I-1259), riprende la distinzione tra entità e «semplice attività».

10 — Citata.

mato questa interpretazione. Quali esempi di applicazione della direttiva 2001/23 ad appalti susseguitisi tra loro si possono citare le cause Hidalgo e a.¹¹, Hernandez Vidal e a.¹², Allen e a.¹³, Liikenne¹⁴, Temco¹⁵ e, infine, la causa Abler e a., citata.

12. Benché la giurisprudenza in materia sia abbondante, il dibattito sulla nozione di trasferimento d'impresa non è ancora chiuso, in quanto gli avvocati generali continuano a sottoporre alla Corte argomenti diretti a rimettere in discussione la sua interpretazione estensiva di tale nozione¹⁶. Talvolta la giurisprudenza stenta a individuare una linea di demarcazione netta tra trasferimento di attività e trasferimento di impresa¹⁷. Orbene, tale limite garantisce un equilibrio tra i due obiettivi perseguiti dalla direttiva 2001/23, vale a dire, da un lato, e in via principale, la

tutela dei lavoratori¹⁸ e, dall'altro, la realizzazione di un mercato unico¹⁹.

13. Affinché un'entità conservi la sua identità in seguito ad un trasferimento, essa deve anzitutto esistere in quanto entità autonoma²⁰. Contrariamente a quanto ha affermato la Kötter in udienza, non ho dubbi sull'esistenza di un'entità economica destinata allo svolgimento di controlli all'aeroporto di Düsseldorf. Tuttavia, per risolvere le questioni del giudice del rinvio, occorre anzitutto accertare se gli elementi messi a disposizione dal committente siano parte dell'entità trasferita, ossia valutare se tali elementi posti a disposizione della Securicor siano imputabili a quest'ultima. La natura della messa a disposizione è determinante ai fini di quest'analisi. Nella seconda fase del ragionamento si esaminerà la questione del mantenimento dell'identità dell'entità.

11 — Sentenza 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/96 e C-247/96 (Racc. pag. I-8237).

12 — Sentenza 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97 (Racc. pag. I-8179).

13 — Sentenza 2 dicembre 1999, causa C-234/98 (Racc. pag. I-8643).

14 — Sentenza 25 gennaio 2001, causa C-172/99 (Racc. pag. I-745).

15 — Sentenza 24 gennaio 2002, causa C-51/00 (Racc. pag. I-969).

16 — Ad esempio, secondo l'avvocato generale Geelhoed, le circostanze di fatto della causa Abler e a., citata, dovevano essere considerate come «la perdita di un appalto da parte del prestatore di servizi originario e l'acquisizione del medesimo da parte del nuovo appaltatore» (paragrafo 54) e non come un trasferimento di impresa. Al paragrafo 38 delle conclusioni nella causa Temco, citata, l'avvocato generale Geelhoed insiste anche sull'importanza del contesto economico e afferma che «[l]a dinamica del mercato rischia di essere perturbata se si dovesse accettare con eccessiva flessibilità l'esistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva».

17 — Solo il secondo rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2001/03. Il trasferimento di attività è uno degli elementi che costituiscono un trasferimento d'impresa. Affinché il trasferimento di impresa abbia luogo occorre anche che venga trasferita anche un'entità economica stabile, sostegno dell'attività. Sulla nozione di entità economica v. in particolare le conclusioni dell'avvocato generale Van Gerven nella causa Schmidt, citata, paragrafi 13 e 14; P. Pochet, *L'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique*, Droit social, 1994, pag. 931 e S. O'Leary, *Employment Law at the European Court of Justice*, Oxford, 2002, pag. 259.

18 — V., da ultimo, sentenza 26 maggio 2005, causa C-478/03, Celtec (paragrafi 26 e 27, Racc. pag. I-4389). V. anche J. Mertens de Wilmars e H. Nyssens, «Intégration européenne et correction des mécanismes du marché: un modèle économique et social européen», *Philosophie du droit et droit économique: Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, 1999, pag. 557.

19 — La direttiva 2001/03 tiene conto più in generale delle esigenze economiche, dal momento che l'art. 5, n. 1, prevede che essa non si applica, in linea di principio, nel caso in cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza. Sull'equilibrio tra i due obiettivi perseguiti dalla direttiva v. J. Kenner, *EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford, 2003, pag. 352.

20 — La giurisprudenza è costante: sentenze Süzen, citata, punto 13; 19 settembre 1995, causa C-48/94, Rygaard (Racc. p. I-2745, punto 20); Liikenne, citata, punto 31, e Abler e a., citata, punto 30.

II — Considerazioni preliminari sul trasferimento di elementi operativi dal committente ai prestatori

14. Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se gli elementi operativi messi a disposizione dall'appaltante siano parte dell'entità economica trasferibile. Si può ritenere, come fa il giudice nazionale, che la sentenza *Abler e a.*, citata, fornisca una risposta a questo interrogativo?

15. Risulta certamente dalla giurisprudenza che il trasferimento della proprietà non è indispensabile ai fini del trasferimento di elementi materiali o immobiliari. Nella sentenza *Redmond Stichting*²¹, ad esempio, l'associazione beneficiaria di una sovvenzione comunale, la *Redmond Stichting* e in seguito la *Sigma*, aveva ricevuto in locazione un immobile dal comune. La Corte ha incluso tra gli elementi da cui poteva desumersi l'esistenza di un trasferimento il fatto che «l'immobile occupato dalla *Redmond* è stato dato in locazione alla *Sigma*»²². Pertanto la mancanza di trasferimento della proprietà da un prestatore ad un altro non esclude che possa avere luogo un trasferimento di elementi patrimoniali, qua-

lora si constati che gli elementi in questione fanno parte dell'entità trasferibile²³.

16. Più delicato è accertare in quali circostanze la messa a disposizione di elementi patrimoniali da parte di un committente comporti l'integrazione di tali elementi nell'entità trasferibile del prestatore. La giurisprudenza non fornisce indicazioni chiare su questo punto, ed è anzi divisa.

17. Nell'ambito di una successione di imprese nell'esecuzione di lavori di pulizia, la sentenza *Süzen*, senza pronunciarsi direttamente sulla questione, si è limitata a rilevare che l'identità di un'entità economica può emergere, all'occorrenza, da elementi quali «i mezzi di gestione» messi a disposizione dal committente²⁴.

18. Dopo questa sentenza, la Corte sembra avere nuovamente esitato nel pronunciarsi sulla causa *Watson Rask e Christensen*²⁵. La società *Philips* affidava per la prima volta il servizio mensa della sua impresa ad un prestatore esterno. Essa metteva gratuitamente a disposizione della *ISS Kantineservice* i locali di vendita e di produzione accettati da quest'ultima, l'attrezzatura necessaria per la gestione della mensa, l'elettricità, l'acqua calda ed il telefono e si

21 — Sentenza 19 maggio 1992, causa C-29/91 (Racc. pag. I-3189).

22 — Punto 26. Al paragrafo 13 delle conclusioni, l'avvocato generale Van Gerven osservava che «[è] anche avvenuto un trasferimento di fatto degli elementi patrimoniali, nel senso che l'immobile dato in locazione dal comune di Groninga alla *Sophie Redmond* è stato dato in locazione alla *Sigma* a partire dal 1° gennaio 1991».

23 — V. anche sentenza *Abler e a.*, citata, punto 42, e sentenza della Corte AELS 10 dicembre 2004, *Rasmussen* (causa E-2/04, non ancora pubblicata).

24 — Citata, punto 15.

25 — Citata.

impegnava a garantire la manutenzione generale dei locali e delle attrezzature come pure la rimozione dell'immondizia²⁶. Al paragrafo 6 delle conclusioni, l'avvocato generale Van Gerven ha osservato come nella fattispecie «gli elementi mobili dell'attivo non [fossero] stati trasferiti dalla Philips». La Corte si è limitata a constatare che la direttiva 77/187 è applicabile ad una esternalizzazione, pur considerando che la messa a disposizione di elementi patrimoniali da parte del committente fa parte dei «vari vantaggi le cui modalità sono determinate dall'accordo (...) concluso»²⁷ tra le due imprese.

19. Una soluzione della questione relativa alle conseguenze derivanti dalla messa a disposizione di elementi patrimoniali da parte del committente sembra emergere invece dalla sentenza Temco, citata. In quel caso la Volkswagen metteva a disposizione delle imprese di pulizia contraenti i mezzi necessari alla pulizia industriale dei suoi impianti. La Corte ha accolto la tesi del giudice nazionale, il quale deduceva da tale circostanza che non si era verificata alcuna cessione di elementi patrimoniali da un prestatore ad un altro²⁸. Infatti, nulla impedisce che gli elementi patrimoniali messi a disposizione vengano utilizzati da un appaltatore e in seguito dal suo successore senza per questo far parte dell'entità trasferibile.

20. Tuttavia, discostandosi da quanto sembrava stabilito in tale sentenza, la Corte ha adottato un'impostazione diversa nella sentenza Abler e a., citata, in cui ha ammesso che, in alcuni casi, la messa a disposizione di elementi patrimoniali da parte del committente può comportare un trasferimento di elementi patrimoniali tra prestatori. Infatti, nella causa in questione, in cui due prestatori di servizi si erano succeduti nella fornitura di servizi di ristorazione in un ospedale, l'ente gestore metteva a loro disposizione i locali, l'acqua, l'energia e le piccole e grandi attrezzature necessarie. La Corte ha constatato che «gli elementi materiali indispensabili per l'attività de qua (...) sono stati rilevati dalla Sodexho»²⁹. Orbene, tale conclusione implica necessariamente, come ha osservato il governo tedesco in udienza, che gli elementi materiali in questione facevano parte dell'entità trasferibile, sebbene l'ospedale ne avesse mantenuto la proprietà³⁰.

21. Così, mentre nella citata causa Temco la messa a disposizione di elementi operativi da parte del committente non ne comportava l'inclusione nell'entità trasferibile, nella sentenza Abler e a. si giunge alla conclusione opposta³¹. Lascia perplessi il fatto che tale divergenza non consegua all'applicazione di un criterio, che consenta di distinguere i due

26 — Sentenza Watson Rask e Christensen, citata, punto 6.

27 — Sentenza Watson Rask e Christensen, citata, punto 1 del dispositivo.

28 — Conclusioni nella causa Temco, citata, paragrafo 25. Va rilevato come nella causa in questione la Corte abbia concluso che si era verificato un trasferimento d'impresa da un prestatore all'altro in quanto il secondo aveva rilevato la parte essenziale delle competenze del personale.

29 — Sentenza Abler e a., citata, punto 36.

30 — Va rilevato che l'avvocato generale Geelhoed proponeva, al paragrafo 77 delle conclusioni, la soluzione opposta: «[il] committente, quale proprietario dei mezzi di produzione, riacquisterà alla scadenza del contratto la piena disponibilità di siffatti mezzi di produzione. In questa situazione non sussiste pertanto alcun trasferimento di questi elementi».

31 — Tale conclusione si potrebbe spiegare come risultante dalla volontà della Corte di impedire che le parti possano escludere per contratto l'applicazione della direttiva 77/187.

casi. Sembra anzi che, come ha rilevato il governo tedesco nelle sue osservazioni orali, tale divergenza di giurisprudenza possa interpretarsi come imputabile alla mancanza di un criterio operativo.

22. Tenuto conto di queste esitazioni della giurisprudenza, e contrariamente a quanto sostiene la Securicor, si deve evitare una generalizzazione da cui discenda che qualsiasi messa a disposizione di elementi operativi da parte di un committente sia sinonimo di inclusione di tali elementi nell'entità trasferibile. Così facendo, come ha rilevato il governo tedesco in udienza, si qualificherebbe come trasferimento d'impresa qualunque successione tra prestatori di servizi nell'esecuzione di un appalto, alla sola condizione che il committente abbia messo a loro disposizione elementi patrimoniali. In tal modo si rischierebbe di assimilare ad un trasferimento d'impresa la semplice perdita di un appalto a vantaggio di un concorrente, in contrasto con una costante giurisprudenza della Corte³². La linea di demarcazione fra trasferimento d'impresa e trasferimento d'attività tornerebbe ad essere confusa³³.

32 — Sentenza Sūzen, citata, punto 16: «La semplice perdita di un appalto di servizi a vantaggio di un concorrente non può quindi rivelare, di per sé, l'esistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva. In una siffatta situazione, l'impresa di servizi precedentemente affidataria dell'appalto, ove perda un cliente, continua tuttavia a sopravvivere integralmente, senza che si possa ritenere che uno dei suoi stabilimenti o parti di stabilimento siano stati ceduti al nuovo appaltatore».

33 — Sui pericoli di tale confusione v. ad esempio la cronaca di J. Déprez, RJS, 1995, n. 5, pag. 315; v. anche P. Bailly, *Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail*, Droit social, 2004, pag. 366.

23. Per altro verso, come hanno osservato la Kötter ed il governo tedesco in udienza, le conseguenze economiche di tale generalizzazione, non sostenuta da un criterio coerente, potrebbero essere particolarmente rilevanti, dal momento che si ridurrebbero in misura significativa gli elementi sui quali opererebbe la concorrenza tra prestatori: il riconoscimento automatico di un trasferimento di impresa tra prestatori di servizi successivi equivale a trasformare i costi di personale in costi fissi. Ne discenderebbe una proporzionale limitazione della libertà di cui disporrebbero i potenziali concorrenti per distinguersi nell'ambito di una gara d'appalto di servizi, in quanto tale libertà sarebbe limitata all'organizzazione delle competenze del personale³⁴.

24. Data la mancanza di un criterio di distinzione chiaro nella giurisprudenza, il giudice del rinvio, sostenuto dal governo tedesco, deduce che la questione se gli elementi messi a disposizione da un appaltante siano o meno imputabili all'appaltatore che li utilizza dipende dalla nozione di «gestione economica autonoma».

34 — G. More, «The Acquired Rights Directive: Frustrating or Facilitating Labour Market Flexibility?», *New Legal Dynamics of European Union*, 1995, pag. 129.

III — Il criterio della gestione economica autonoma

25. Conformemente alla giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht, in base al criterio della gestione economica autonoma, gli elementi operativi messi a disposizione dal committente divengono parte integrante dell'entità economica trasferibile, a condizione che il prestatore abbia la possibilità di gestire liberamente tali elementi in funzione del proprio interesse.

26. Secondo il giudice del rinvio ed il governo tedesco, tale criterio consente di spiegare la posizione assunta dalla Corte nella causa Abler e a.³⁵ Infatti la Sodexho poteva gestire liberamente la cucina che aveva a disposizione. Essa agiva perseguendo il proprio interesse economico sia nella composizione dei menu che nelle consegne a clienti diversi dall'ospedale. Inoltre le spese di manutenzione erano a carico dell'utilizzatore degli elementi operativi. Nella fattispecie ora in esame, invece, secondo il governo tedesco, gli apparecchi per il controllo dei passeggeri messi a disposizione della Securicor non possono essere considerati parte integrante di un'entità trasferibile, in quanto la Securicor non avrebbe alcun margine di discrezionalità per quanto riguarda il loro impiego.

35 — La dottrina tedesca, invece, ha rilevato un rischio di contraddizione tra la sentenza Abler e a. e il criterio della gestione economica autonoma: R. Adam, *Betriebsübergang — Der Übergang materieller Betriebsmittel als Tatbestandsmerkmal des 613a BGB*, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2004, n. 16, pag. 909; H.J. Willemsen e G. Annuss, *Auftragsnachfolge — jetzt doch ein Betriebsübergang?*, *Der Betrieb*, 2004, n. 3, pag. 134.

27. Prima di valutare se il criterio proposto dal giudice di rinvio sia pertinente, occorre fare riferimento alla lettera dell'art. 1, n. 1, lett. b), della direttiva 2001/23, che definisce un'entità economica come un «insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria». Il testo di tale disposizione non prescrive né osta all'elaborazione di un criterio che consenta di stabilire in quali casi la messa a disposizione di elementi patrimoniali costituisce in realtà un «trasferimento» di tali elementi dal committente all'appaltatore.

28. Tuttavia, per le ragioni esposte in prosieguo, ritengo che il criterio della gestione economica autonoma, quale proposto dal giudice del rinvio, sia inconferente.

29. In primo luogo, il criterio proposto dal giudice del rinvio non ha alcun fondamento normativo. Infatti, la distinzione delineata tra una situazione in cui sussiste una gestione economica autonoma ed un'altra in cui manca questo tipo di gestione non è stata formulata né per garantire la tutela dei lavoratori, né per consentire la realizzazione del mercato interno. Tale disparità di trattamento non viene giustificata in alcun modo. La mancanza di nesso con uno degli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2001/23 mina la credibilità del criterio proposto.

30. In secondo luogo, tuttavia, per scartare il criterio della gestione economica autonoma non basta constatare che esso finisce, in determinati casi, col limitare l'ambito di applicazione della direttiva 2001/23. Benché non si possa contestare che la direttiva è intesa anzitutto a tutelare i lavoratori, essa è volta anche alla realizzazione del mercato interno, come testimonia la sua adozione sul fondamento dell'art. 94 CE. Pertanto non si può sostenere, come fanno la Commissione e la Securicor, che lo spirito o l'effetto utile della direttiva 2001/23 sarebbero rimessi in discussione per il semplice fatto che essa non è applicabile a tutti i casi di successione tra prestatori di servizi, ma solo a quelli che comportano un trasferimento d'impresa³⁶.

31. In terzo luogo, anche se è innegabile che, per quanto riguarda l'impiego degli apparecchi di controllo, la Securicor dispone di una flessibilità inferiore a quella di cui godrà un'impresa che gestisce una mensa in relazione all'uso della cucina, non per questo ne consegue che un trasferimento di elementi patrimoniali possa verificarsi solo nel secondo caso. Come ha rilevato la Commissione in udienza, la differenza tra le due situazioni è solo una questione di grado: entrambe le imprese conservano una certa discrezionalità ai fini dell'organizzazione

dell'attività svolta mediante gli elementi operativi messi a loro disposizione³⁷.

32. Inoltre, il criterio della gestione economica autonoma rischia di sollevare dibattiti caso per caso, il cui esito sarebbe difficile da prevedere per le imprese, con pregiudizio alla loro certezza del diritto. A tale proposito, è sufficiente fare riferimento alla sentenza del Bundesarbeitsgericht 25 maggio 2000, allegata alle osservazioni presentate dal governo tedesco, per constatare che tale criterio richiede effettivamente un esame approfondito dell'autonomia conferita dal contratto di servizi all'impresa incaricata di effettuare la prestazione. Orbene, dal momento che qualsiasi prestatore di servizi gode necessariamente di una certa autonomia economica rispetto al committente, questo criterio non consente di stabilire in quali casi abbia avuto luogo un trasferimento di elementi patrimoniali.

33. Infine, condivido il parere della Commissione secondo cui il criterio della gestione economica autonoma conferirebbe un'importanza eccessiva alle disposizioni contrattuali concordate tra il committente e il prestatore di servizi. Se il contenuto del

36 — Tale distinzione corrisponde a quella formulata in precedenza tra trasferimento di attività e trasferimento d'impresa.

37 — V. anche sentenza Hidalgo e a., citata, punto 27: «Il ricorrere di un'entità sufficientemente strutturata ed autonoma nell'ambito dell'impresa a cui è stato affidato l'appalto non viene meno, in linea di principio, per via della circostanza, del resto frequente, che tale impresa sia assoggettata al rispetto di obblighi precisi che le vengono imposti dall'ente committente. Invero, pur potendosi verificare che l'influenza esercitata da quest'ultimo sul servizio fornito dal prestatore sia ampia, ciò non toglie che quest'ultimo conservi normalmente una certa libertà, pur se ridotta, nell'organizzare ed eseguire il servizio in questione, senza che il suo incarico possa essere interpretato come una mera messa a disposizione del suo personale all'ente committente».

contratto concluso fosse decisivo ai fini della qualifica di trasferimento di impresa, i contraenti potrebbero aggirare l'applicazione della direttiva 2001/23. La presa in considerazione delle disposizioni contrattuali tra il committente e il prestatore incaricato dell'esecuzione di un appalto va invece integrata con una valutazione obiettiva delle circostanze del caso di specie³⁸.

34. In ultima analisi, da una disposizione contrattuale che preveda la messa a disposizione di elementi patrimoniali da parte del committente non può discendere *automaticamente* un trasferimento di tali elementi tra due prestatori. Ne conseguirebbe altrimenti una confusione tra mantenimento dell'attività e mantenimento di un'impresa³⁹. Infatti, la semplice messa a disposizione di elementi patrimoniali da parte del committente comporterebbe un trasferimento d'impresa tra prestatori di servizi.

35. Alla luce di tali considerazioni, ritengo che il criterio della gestione economica autonoma sia in conferente in quanto, da un lato, non consente di stabilire in quali casi gli elementi operativi, benché messi a disposizione dal committente, di fatto siano parte di un'entità economica distinta, e, dall'altro, risulta privo di fondamento normativo.

36. Alla luce della loro interpretazione della sentenza Abler e a., citata, la Commissione e la Securicor sostengono che la questione decisiva è se gli elementi operativi messi a disposizione siano indispensabili per effettuare la prestazione di servizi di cui trattasi. Tuttavia, questo criterio alternativo trascura la mancanza di scelta dell'appaltatore, il quale, una volta aggiudicatosi l'appalto, è vincolato dalle condizioni previste dal contratto concluso con l'appaltante. Inoltre sembra logico presumere che il committente metterà a disposizione del prestatore di servizi soltanto gli elementi operativi necessari all'esecuzione dei lavori affidatigli.

37. Per altro verso, sebbene nella sentenza Abler e a., citata, la Corte abbia dichiarato che gli elementi messi a disposizione dell'appaltatore, ossia vari attrezzi da cucina, erano indispensabili per l'esecuzione del contratto controverso, cioè per la fornitura di pasti, dalla sentenza non emerge affatto che tale caratteristica sia stata decisiva. Infine, il criterio in questione sarebbe inidoneo a risolvere la contraddizione rilevata tra le cause Abler e a. e Temco, citate, in quanto anche gli elementi messi a disposizione dal committente in quest'ultima causa erano indispensabili per l'esecuzione della prestazione di servizi.

38 — Sentenza 18 marzo 1986, causa 24/85, Spijkers (Racc. pag. 1119, punto 13).

39 — Questo è il rischio che si cela nella sentenza Abler e a., citata, in quanto essa potrebbe essere interpretata nel senso che fa dipendere l'esistenza di un trasferimento d'impresa dalla sola circostanza che il committente abbia posto elementi operativi a disposizione del prestatore di servizi. Tuttavia non è escluso che elementi patrimoniali messi a disposizione possano essere trasferiti da un prestatore all'altro, in particolare per evitare che i contraenti tentino di sottrarre la loro operazione all'applicazione della direttiva 2001/23.

38. Sebbene non mi convinca né il criterio proposto dal giudice del rinvio né quello

sostenuto dalla Commissione e dalla Securicor, per i motivi sopra esposti, rimane da precisare se la messa a disposizione di elementi patrimoniali da parte di un committente debba essere presa in considerazione al fine di stabilire se sussista un trasferimento d'impresa tra prestatori.

39. Nell'ipotesi in cui vengano conclusi contratti identici di servizi tra un committente e prestatori successivi, i contorni dell'entità economica trasferibile sono particolarmente difficili da individuare, in quanto molti elementi di tale entità sono stabiliti per contratto. In tal senso, è inerente alla natura di un accordo concluso nell'ambito di un appalto che la clientela del prestatore di servizi rimanga la stessa. Analogamente, dal punto di vista dei prestatori successivi, gli elementi messi a disposizione sono una costante dell'equazione che essi devono risolvere per presentare un'offerta, al pari, ad esempio, dell'ubicazione o della mappa fisica dell'aeroporto di Düsseldorf nel caso della Securicor e della Kötter. Infatti, gli stessi elementi operativi messi a disposizione dal committente verranno utilizzati da tutti i prestatori successivi, i quali non dispongono, a tale riguardo, di alcun margine di discrezionalità. In altre parole, gli elementi messi a disposizione si trovano al di fuori della sfera di controllo dei prestatori successivi e pertanto non possono essere considerati come facenti parte di un'entità organizzata trasferibile.

40. Di conseguenza, per verificare l'esistenza di un trasferimento d'impresa nella fattispecie occorre applicare i criteri definiti dalla

sentenza Spijkers⁴⁰, concentrando l'analisi sugli elementi dell'entità economica propri del prestatore. Solo in questo modo si può accertare se il trasferimento riguardi un'entità economica autonoma, conformemente alla lettera e all'obiettivo dell'art. 1 della direttiva 2001/23. Poiché si fonda unicamente sulla questione della gestione economica autonoma, la prima questione sollevata dal giudice nazionale dev'essere risolta in senso negativo. Di conseguenza, la soluzione della seconda questione sarà anch'essa negativa.

41. Nelle cause pendenti dinanzi all'Arbeitsgericht Düsseldorf, dal momento che gli elementi operativi necessari per svolgere le attività di controllo affidate alla Securicor e successivamente alla Kötter sono forniti dalla Repubblica federale di Germania, l'esistenza di un trasferimento d'impresa tra questi due prestatori andrà stabilito in base ad elementi diversi da tale messa a disposizione.

42. Come rileva il governo tedesco nelle sue osservazioni scritte, le questioni del giudice nazionale vertono su uno soltanto degli elementi utili per stabilire se abbia avuto luogo un trasferimento. Orbene, dalla soluzione proposta discende che tale elemento, il

40 — Sentenza citata, punto 13: «si deve prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici ed i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività».

trasferimento degli elementi operativi messi a disposizione, non deve essere determinante. Alla luce degli elementi del fascicolo, e per fornire al giudice del rinvio una soluzione utile per definire la presente controversia, occorre quindi prefigurare le conseguenze dell'analisi proposta nelle circostanze del caso di specie.

IV — Le conseguenze sul caso di specie dell'analisi proposta

43. Prima di esaminare le circostanze della causa, occorre ricordare le condizioni in cui può avere luogo un trasferimento d'impresa in mancanza di trasferimento di elementi patrimoniali.

44. Nella causa *Redmond Stichting*, citata, una delle questioni oggetto del rinvio riguardava le conseguenze del mancato trasferimento di beni mobili. La Corte ha osservato che tale mancato trasferimento «non sembra, di per sé solo, tale da ostare all'applicabilità della direttiva», pur rimettendo al giudice del rinvio il compito di inserire tale elemento nella sua valutazione complessiva.

45. Tuttavia, nella causa *Liikenne*, citata, la Corte, dopo avere constatato l'assenza di una cessione di elementi patrimoniali tra due imprese di trasporti con autobus, ha escluso

l'applicazione della direttiva 2001/23, sebbene una parte del personale fosse stato trasferito da un'impresa all'altra.

46. Tali decisioni apparentemente contraddittorie testimoniano l'importanza di stabilire in via preliminare la natura dell'attività interessata dall'eventuale trasferimento. Infatti, gli elementi pertinenti per stabilire l'esistenza di un trasferimento d'impresa dipendono dal tipo di attività esercitata dall'entità economica⁴¹.

47. Tale criterio è stato introdotto dalla Corte in relazione ad attività basate essenzialmente sulla manodopera e sulle relative competenze, e l'ha indotta a concludere che «un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune può corrispondere ad un'entità economica»⁴². Ne discende che, per un'attività di questo tipo, «si deve necessariamente ammettere che una siffatta entità possa conservare la sua identità al di là del trasferimento qualora il nuovo imprenditore non si limiti a proseguire l'attività stessa, ma riassuma anche una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti»⁴³.

41 — Sentenze citate *Süzen*, punto 18; *Hernandez Vidal e a.*, punto 31; *Hidalgo e a.*, punto 31; *Liikenne*, punto 35, e *Abler e a.*, punto 35.

42 — Sentenza *Süzen*, citata, punto 21. L'introduzione di tale distinzione da parte della Corte è intesa ad impedire che venga meno la tutela concessa ai lavoratori qualora essi siano occupati in un settore in cui la manodopera costituisce l'elemento essenziale.

43 — *Idem*.

48. Per contro, se l'attività in questione non si basa essenzialmente sulla manodopera e sulle relative competenze, in linea di principio sussiste un trasferimento d'impresa se si constata che ha avuto luogo un trasferimento di elementi patrimoniali tra le imprese ⁴⁴.

49. Da tale giurisprudenza discende che, per stabilire se si sia verificato un trasferimento d'impresa occorre anzitutto definire il tipo di attività in questione. La sorveglianza di un deposito sanitario della Bundeswehr (esercito federale) è stata qualificata come attività basata essenzialmente sulla manodopera e sulle relative competenze ⁴⁵. Nella fattispecie, come rileva la Securicor nelle sue osservazioni scritte, a differenza di una semplice attività di sorveglianza, l'attività di controllo all'interno di un aeroporto richiede strumenti di controllo specifici e sofisticati. Tuttavia, contrariamente a quanto lascia intendere la Securicor, l'obbligo di risultato imposto ad un'impresa incaricata della sicurezza in un aeroporto non sembra pertinente ai fini della distinzione tra l'attività di cui trattasi ed un'attività di sorveglianza, dal momento che detto obbligo non influisce sull'organizzazione dell'entità economica in questione.

44 — A titolo d'esempio, la Corte ha dichiarato che «il trasporto con autobus non può essere considerato come un'attività che poggia essenzialmente sulla manodopera nella misura in cui esige materiale ed installazioni importanti» (sentenza Liikenne, citata, punto 39). Pertanto, «l'assenza di cessione da parte del vecchio al nuovo appaltatore, ad un livello significativo, di tali elementi che sono indispensabili al buon funzionamento dell'entità in questione, deve condurre a ritenere che quest'ultima non mantenga la propria identità» (sentenza Liikenne, citata, punto 42). Di conseguenza, non sussisteva trasferimento d'impresa tra due società incaricate del trasporto con autobus in quanto la seconda non aveva rilevato i veicoli della prima.

45 — Sentenza Hidalgo e a., citata, punto 26.

50. Sebbene la valutazione dell'importanza da attribuire rispettivamente ai vari criteri necessari per verificare l'esistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva 2001/23 incomba in ultima analisi al giudice del rinvio, dal fascicolo sembra emergere che gli specifici elementi patrimoniali messi a disposizione dal committente ed un personale qualificato costituiscono l'entità economica la cui attività consiste nel controllo dei bagagli e dei passeggeri in un aeroporto.

51. Orbene, poiché, in ogni caso, gli strumenti speciali di controllo vengono messi a disposizione dal committente ai prestatori di servizi che si susseguono, si deve accertare se il trasferimento di personale tra la Securicor e la Kötter riguardi una parte essenziale, in termini di numero e competenze, dei dipendenti destinati all'esecuzione dell'appalto ⁴⁶.

52. A prima vista, potrebbe sembrare paradossale subordinare la conclusione che ha avuto luogo un trasferimento d'impresa al fatto che un imprenditore abbia rilevato dall'altro il personale, e le relative competenze, mentre, in linea di principio, questa è la conseguenza che deriva dalla constata-

46 — Tale criterio viene applicato nella sentenza Sützen, citata, e ripreso nella sentenza Temco, citata, punto 33.

zione che si è verificato un trasferimento d'impresa⁴⁷. Tuttavia tale criterio rientra in un'analisi complessiva delle circostanze. Esso acquista rilevanza solo se non sussiste un trasferimento di elementi patrimoniali, allorché occorre individuare altri elementi che possano costituire un'entità trasferibile. Inoltre tale criterio è correlato non tanto al trasferimento di personale di per sé, quanto al trasferimento delle sue competenze specifiche, considerate come un'entità organizzata. Lo scopo è impedire che le parti dell'operazione possano escludere l'applicazione della direttiva 2001/23.

53. D'altro canto, se è vero che la qualifica di trasferimento d'impresa ai sensi dell'art. 1 della direttiva 2001/23 implica che il cessionario dell'entità trasferita è tenuto a mantenere i contratti di lavoro⁴⁸, tuttavia, nulla impedisce che egli proceda a riorganizzazioni, che, se del caso, possono comportare licenziamenti, purché questi ultimi non siano direttamente connessi al trasferimento d'impresa⁴⁹.

54. Infine, è in conferente l'argomento della Repubblica federale di Germania secondo cui il mantenimento dei contratti avrebbe conseguenze particolari in Germania a causa della rigidità della normativa vigente in materia di lavoro. Infatti, secondo giurisprudenza costante, uno Stato membro non può fondarsi sul proprio diritto interno per escludere l'applicazione di una direttiva comunitaria.

55. È pacifico che la Kötter ha rilevato 167 dei 295 dipendenti precedentemente occupati presso la Securicor e incaricati delle attività di controllo dei passeggeri e dei bagagli all'aeroporto di Düsseldorf per conto della Repubblica federale di Germania. Tali dipendenti hanno ricevuto una formazione specifica per poter assolvere i compiti di controllo loro affidati.

56. Pertanto, non si può escludere che la Kötter abbia rilevato la parte essenziale delle competenze del personale del suo predecessore. In tal caso, e fatto salvo l'esame del complesso delle circostanze pertinenti da parte del giudice nazionale, sembrano sussistere vari elementi per concludere che tra la Securicor e la Kötter abbia avuto luogo un trasferimento d'impresa ai sensi della direttiva 2001/23.

47 — V., ad esempio, le conclusioni dell'avvocato generale Cosmas nella causa Hernandez Vidal e a., citata, paragrafo 80. Anche la dottrina rileva questo paradosso: Davies *Taken to the cleaners? Contracting Out of Services Yet Again 1997*, 26 *ILJ* 193; C. Engels e L. Salas, «Cause and consequence, what's the difference in respect of the EC Transfer Directive?», *Labour Law and industrial relations at the turn of the century*, 1998, pag. 275, e A. Garde, *Recent Developments in the law relating to transfers of undertakings*, 39 *CMLRev.*, 2002, pag. 523. J. Gomes, in *Revista de direito e de estudos sociais*, 2004, pag. 213 espone un argomento persuasivo contro questa impostazione nelle sue osservazioni relative alla causa Abler e a., citata. L'autore sottolinea che le imprese partecipanti alle operazioni hanno necessariamente il potere di decidere quali elementi patrimoniali rientrino nella loro transazione.

48 — Art. 3 della direttiva 2001/23.

49 — Art. 4 della direttiva 2001/23. V. anche J. Hunt, *The Court of Justice as a policy actor, the case of the Acquired Rights Directive*, 1998, *Legal Studies*, pag. 336.

V — Conclusionione

57. Pertanto, propongo alla Corte di risolvere nei termini seguenti le questioni sottoposte dall'Arbeitsgericht Düsseldorf:

«In caso di nuova aggiudicazione di un appalto, in mancanza di trasferimento di elementi patrimoniali da un prestatore all'altro, qualora il committente metta a disposizione degli appaltatori successivi gli elementi operativi necessari all'esecuzione del contratto, l'esistenza di un trasferimento d'impresa da un prestatore all'altro, ai sensi dell'art. 1 della direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/23/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, non dipende dalla circostanza che tali elementi vengano ceduti ai fini di una gestione economica autonoma da parte del prestatore, ma dev'essere valutata basandosi su elementi diversi da tale messa a disposizione, direttamente imputabili al prestatore di servizi, come il trasferimento di una parte essenziale delle competenze del personale».