

07 / 2024

DIRITTI & LAVORO FLASH

idee e strumenti per il sindacato



LA STORIA INFINITA

Nuova tappa della saga dei precari delle Fondazioni Lirico Sinfoniche; la parola (finale?) passa alla Corte di giustizia

Le novità
del correttivo al Codice
della Crisi d'Impresa

La direttiva UE
sul lavoro tramite
piattaforme digitali

La Corte di giustizia
sulla somministrazione di lavoro
non autorizzata

07

Ottobre - Novembre 2024

04

Le novità introdotte dal terzo correttivo del Codice della Crisi d'Impresa. Maggiori tutele dei creditori, anziché dei lavoratori coinvolti

di *Andrea Ranfagni*

06

La "Direttiva piattaforme" è realtà: quali novità per l'ordinamento italiano?

di *Marco Tufo*

09

IL SIPARIO RICUCITO? Il Tribunale di Milano rinvia alla Corte di giustizia il caso dei contratti a termine stipulati dalle Fondazioni lirico sinfoniche

di *Andrea Danilo Conte*

11

Il divieto che non c'è: interposizione nei rapporti di lavoro e parità di trattamento nella disciplina unionale della somministrazione di manodopera

di *Ivan Petrone*

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

FLASH

A cura di

Centro Studi
"Diritti & Lavoro"

Direttore Scientifico

Prof. Giovanni Orlandini

Comitato di Redazione

Andrea Danilo Conte (PRESIDENTE)
Francesca Bassetti
Giovanni Calvellini
Giulia Frosecchi
Mariagrazia Lombardi
Ivan Petrone
Andrea Ranfagni
Marco Tufo

Progetto grafico

Dario D'Ovidio

Contatti

Centro Studi
Diritti & Lavoro

Piazza dei Rossi, 1
50125 - Firenze

web: dirittilavoro.it

email: dirittilavoro@gmail.com

Questo periodico è iscritto al
Reg. Trib. n° 5725 del 07/05/2009

Crediti fotografici

Per le immagini senza crediti
l'editore ha ricercato con ogni
mezzo i titolari dei diritti fotografici
senza riuscire a reperirli.
È ovviamente a completa
disposizione per l'assolvimento di
quanto occorre nei loro confronti.

Le novità introdotte dal terzo correttivo del Codice della Crisi d'Impresa. Maggiori tutele dei creditori, anziché dei lavoratori coinvolti

di
Andrea
Ranfagni

Con il d.lgs. n. 136 del 13 settembre 2024 sono state introdotte alcune modifiche al cosiddetto Codice della Crisi d'Impresa (d.lgs. n. 14/2019).

Si tratta del terzo intervento correttivo, dopo i d.lgs. n. 147/2020 e 83/2022 e quello in commento, per quel che qui rileva, introduce dei chiarimenti e delle novità soprattutto per ciò che concerne la sorte e la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti di aziende sottoposte al procedimento di Liquidazione Giudiziale, ovvero quella che un tempo era chiamata la procedura di Fallimento.

Il correttivo in commento riscrive alcuni articoli, in particolare l'art. 189, in alcuni casi confermando le regole esistenti, ma chiarendone il contenuto, in altri introducendo modifiche più sostanziali.

Si tratta di interventi che complessivamente riducono le tutele dei dipendenti, a vantaggio dei creditori.

Subentro del curatore e disciplina del recesso

Una prima "novità" attiene alle modalità con le quali il Curatore nominato dal Tribunale e che dovrà occuparsi della Liquidazione Giudiziale subentra nei rapporti di lavoro ancora in corso e può procedere al relativo recesso.

Nell'ottica di razionalizzare e semplificare la procedura in questione, con l'obiettivo di far sì che la tutela dei lavoratori non pregiudichi quella dei creditori, si prevede espressamente che i rapporti di lavoro dei dipendenti esistenti alla data della sentenza che dichiara la Liquidazione Giudiziale sono sospesi sino a che il Curatore, dopo autorizzazione del Tribunale, dichiara ai

medesimi il subentro nel rapporto di lavoro, assumendone i relativi obblighi.

Viene sostanzialmente riproposta la precedente regola, ma eliminato il riferimento al fatto che l'apertura della procedura di Liquidazione Giudiziale "non costituisce motivo di licenziamento". Una previsione che aveva posto dei dubbi interpretativi, non lasciando così libero il curatore di procedere, nell'interesse dei creditori, all'immediato licenziamento.

Non mancavano, del resto, sentenze che avevano affermato che licenziare solo per l'avvenuto Fallimento, poi Liquidazione Giudiziale, costituisce una forma di licenziamento illegittimo, con tutte le conseguenze sanzionatorie che ciò comportava.

L'intervento in commento, poi, conferma che mentre il subentro del curatore nei rapporti di lavoro produce effetti dalla comunicazione ai lavoratori, il licenziamento ha effetti dall'apertura della Liquidazione Giudiziale.

Una previsione, questa, che fa sì che i dipendenti, durante la sospensione del rapporto, quindi dall'apertura della procedura, non maturano né stipendi, né contribuzione all'INPS. Li matureranno solo dalla data di comunicazione del subentro e sempre che il Curatore non proceda al licenziamento, che, diversamente, produrrà i suoi effetti dall'apertura della procedura.

Un'altra correzione attiene poi alle modalità del recesso.

Si conferma che il Curatore vi procede ogni qualvolta non vi sia (o perché il Curatore non la chiede o perché il Tribunale non l'autorizza) la prosecuzione dell'attività d'impresa o non sia possibile il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo. In questi casi, quindi, il Curatore,

subentrando, procede subito al recesso del rapporto di lavoro.

Il correttivo elimina, invece, l'obbligo di comunicare all'Ispettorato del Lavoro l'elenco dei lavoratori alle dipendenze dell'impresa che vengono licenziati.

Viene poi mantenuta la previsione secondo la quale decorsi 4 mesi dalla data di apertura della procedura di Liquidazione Giudiziale senza che il Curatore abbia comunicato il subentro, i rapporti di lavoro subordinato in essere cessano con decorrenza dalla data di apertura della Liquidazione Giudiziale stessa.

Qui la novità è solo formale, nel senso che non si parla più di "risoluzione di diritto" (affermazione che sollevava dubbi e problemi interpretativi), bensì la più atecnica "cessazione del rapporto di lavoro".

Più sostanziali le novità relative alla possibile proroga del termine di 4 mesi. Non cambiano i presupposti perché ciò accada, ovvero se sussistono elementi concreti per l'autorizzazione all'esercizio dell'impresa o per il trasferimento d'azienda o di un suo ramo, ma viene semplificata la procedura, nel senso che non si prevede più il coinvolgimento dell'Ispettorato del Lavoro, il quale prima poteva autonomamente chiedere la proroga (evidentemente a tutela dell'occupazione).

Inoltre, si prevede che nei casi di proroga del termine di 4 mesi, senza che il Curatore subentri o proceda al recesso, scaduto il termine prorogato i rapporti devono intendersi risolti di diritto, senza più il riconoscimento in favore dei lavoratori di un'indennità pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR e per ogni anno di servizio, tra un minimo di 2 ed un massimo di 8, da ammettere poi al passivo.

Venendo meno tale previsione, la procedura è così semplificata e più economica, ma, va da sé, si abbassano le tutele dei lavoratori.

D'altro lato, da segnalare una previsione nuova e positiva per i lavoratori, ovvero che le eventuali somme percepite a titolo assistenziale o previdenziale durante la sospensione del rapporto di lavoro, nei casi di cessazione del rapporto di lavoro non devono essere restituite.

Altra modifica, poi, è quella che chiarisce che i licenziamenti collettivi disposti nell'ambito di una procedura di Liquidazione Giudiziale non soggiacciono alla normativa sulle "Delocalizzazioni", di cui all'art. 1, commi da 224 a 238 L.n. 234/2021. Una previsione, questa, che non sembra molto positiva per i lavoratori, anche se in realtà si limita a ribadire quanto già deducibile dalla disciplina previgente.

Viene poi chiarito (anche in questo caso in linea con l'interpretazione della precedente disciplina) che nel caso di cessazione del rapporto di lavoro, spetta al dipendente una indennità sostitutiva del preavviso, da ammettersi al passivo, unitamente al TFR e come credito maturato prima dell'apertura della procedura di Liquidazione Giudiziale.

Viene, infine, ribadito più chiaramente che nel caso

di prosecuzione dell'attività d'impresa, il Curatore può decidere di sospendere comunque i rapporti di lavoro o di licenziare. Se opta per quest'ultima scelta dovrà osservare la normativa "ordinaria" sui licenziamenti. Nel caso di sospensione, invece, vale quanto previsto in caso di non proseguimento dell'attività.

Naspi e tutela per la disoccupazione

Un secondo ordine di novità attiene al trattamento di NASPI. Viene confermato che tutte le ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro nell'ambito della Liquidazione Giudiziale (recesso del Curatore, risoluzione di diritto trascorsi i 4 mesi o l'eventuale termine prorogato dall'apertura della procedura senza subentro o recesso del Curatore, nonché dimissioni del lavoratore durante la sospensione del rapporto, che continuano ad essere sempre qualificate come per "giusta causa", anche se nella sostanza non si motivano così) sono forme di "disoccupazione involontaria", quindi danno diritto alla NASPI, a patto che ricorrano tutti i requisiti previsti dalla normativa "ordinaria".

Viene però introdotta una previsione secondo cui il termine di decadenza per la presentazione della domanda di NASPI, ovvero 68 giorni, decorre, nei casi di dimissioni del dipendente o di recesso del curatore, dalla data in cui arriva la comunicazione e non, quindi, come nella "ordinarietà" dei casi, dalla cessazione del rapporto di lavoro.

Nei casi di risoluzione di diritto, invece, il termine decorre dalla effettiva cessazione del rapporto, quindi come nella normalità dei casi.

Si segnala che questo era l'orientamento già espresso dall'INPS in alcune Circolari, che di fatto si recepisce nella legge.

Informazione e consultazione sindacale

Un terzo ordine di novità attiene infine alla procedura sindacale da osservare nei casi in cui venga disposto il trasferimento d'azienda o di un ramo. Si mantiene l'obbligo di osservare la procedura "classica" di cui all'art. 47, l. n. 428/1990, ma si precisa che ciò deve avvenire se sussistono i presupposti, quindi se si tratta di aziende che occupano più di 15 dipendenti. CIRCOSTANZA, quest'ultima, che nella previsione antecedente non era molto chiara.

In conclusione, come anticipato, dall'insieme delle novità in analisi, è evidente come l'intento del legislatore (peraltro dichiarato apertamente nella Relazione Illustrativa) sia stato di rendere la procedura più economica e più veloce, nell'interesse dei creditori. Ciò a scapito delle tutele per i lavoratori, che dalla riforma escono indebolite sia da un punto di vista economico che occupazionale. A conferma, se ce ne fosse bisogno, di quale sia il blocco sociale che beneficia maggiormente delle politiche economiche dell'attuale Governo. **D&L**

La “Direttiva piattaforme” è realtà: quali novità per l’ordinamento italiano?



di
Marco
Tufo

1. La portata applicativa della Direttiva

A seguito di una lunga gestazione, iniziata con la proposta della Commissione europea nel 2021, l’11 novembre 2024 è finalmente stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea la Direttiva n. 2024/2831 del 23 ottobre 2024 relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali. La bozza finale della direttiva è già stata oggetto di un primo commento (vd Bollettino n. 4/24), ma l’estrema rilevanza del tema e la lunga attesa per la pubblicazione del testo definitivo giustificano un ulteriore approfondimento.

La Direttiva riconosce diritti minimi in favore di tutte le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforma digitale nell’UE. Da un lato, quindi, essa riguarda le sole piattaforme che comportano, quale elemento necessario ed essenziale, l’organizzazione del lavoro svolto da persone fisiche a titolo oneroso, con esclusione, pertanto, delle piattaforme che si limitano a mettere in contatto il prestatore del servizio con l’utente finale, senza ulteriore coinvolgimento della piattaforma (è il caso, per esempio, delle piattaforme che pubblicano offerte o mostrano i prestatori disponibili in un’area specifica), e di quelle il cui scopo principale è lo sfruttamento o la condivisione (per esempio, ai fini della locazione breve di immobili) oppure la rivendita di beni da parte di non professionisti. Dall’altro lato, la Direttiva è rivolta a tutti i lavoratori su piattaforma digitale, a prescindere dalla loro qualificazione giuridica e dalla circostanza che la loro attività sia prestata *in loco*, come nel caso dei *riders*, oppure interamente *online*, come nel *crowdwork*. Tale estensione della Direttiva è certamente da apprezzare, in quanto, fino a oggi, l’attenzione del legislatore italiano e della nostra giurisprudenza si è concentrata unicamente sul lavoro dei ciclofattorini, destinatari della disciplina specifica prevista nel Capo V-bis del D.lgs. n. 81/2015, senza preoccuparsi dei *crowdworkers*. In generale, comunque, l’intervento unionale appariva necessario, attese le proporzioni del fenomeno nell’UE, il quale attualmente coinvolge circa 500 piattaforme di lavoro, con fatturati in costante incremento (solo nel 2020 l’economia europea delle piattaforme fatturava 14 miliardi di Euro), e 28 milioni di lavoratori, di cui 213.000 in Italia, con una crescita prevista per il 2025 sino a 43 milioni.

2. La “presunzione” di subordinazione

Tra i temi più dibattuti sin dalla presentazione della proposta di Direttiva nel 2021 da parte della Commissione una posizione di rilievo è da attribuire alla corretta qualificazione giuridica dell’attività prestata per mezzo della piattaforma digitale. La proliferazione di “falsi” lavoratori autonomi nella *gig-economy* è stata infatti il *leitmotiv* degli interventi legislativi e giurisprudenziali che in tutta l’UE hanno investito i lavoratori su piattaforma digitale. Da questo punto di vista, l’adozione da parte della Direttiva del principio di effettività, secondo il quale, al di là della qualificazione formale della prestazione dedotta nel contratto, ciò che conta è l’atteggiarsi dell’attività lavorativa nella realtà fattuale, dovrebbe scoraggiare le piattaforme a perpetuare la strategia di classificare erroneamente i *gig-workers*. Tuttavia, almeno in relazione all’ordinamento italiano, non sembra che tale principio sia sostenuto da strumenti davvero idonei allo scopo.

Per perseguire l’obiettivo della determinazione della corretta situazione occupazionale, infatti, la Direttiva, all’art. 5, introduce una presunzione relativa che, a ben vedere, non è tale, atteso che la presunzione dell’esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, sempre confutabile in giudizio dalla piattaforma mediante prova contraria, opera «*qualora si riscontrino fatti che indicano direzione e controllo, conformemente al diritto nazionale, ai contratti collettivi o alle prassi in vigore negli Stati mem-*

bri, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia »(art. 5, par. 1). Se, allora, è necessario dimostrare la sussistenza dell'esercizio del potere direttivo e di quello di controllo perché una prestazione possa essere classificata come subordinata, nessuna novità è ravvisabile rispetto alle regole del giudizio di qualificazione del rapporto del nostro ordinamento che si basano sull'individuazione dell'eterodirezione mediante la ricerca nel caso concreto degli "indici sintomatici della subordinazione". Anzi, la "presunzione" in parola, a ben vedere, risulta configurare un'operazione di qualificazione del rapporto addirittura più restrittiva rispetto a quella che si sta da ultimo diffondendo nella giurisprudenza italiana, proprio in materia di lavoro su piattaforma digitale nel settore del *food delivery*, ove l'elemento preponderante della subordinazione viene considerato la "dipendenza" intesa come "doppia alienità" e, quindi, come "messa a disposizione" delle energie lavorative in favore della piattaforma, anche in presenza di un potere direttivo "attenuato".

Peraltro, a prescindere dall'attuale impostazione della giurisprudenza richiamata, la "presunzione" di cui sopra non sembra incrementare le tutele (quantomeno) dei ciclofattorini italiani neppure rispetto al dato normativo interno, potendo questi ottenere l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato attraverso l'art. 2, comma 1, D.lgs. n. 81/2015, che riconosce quelle protezioni ai collaboratori le cui modalità di esecuzione della prestazione sono (etero)organizzate dal committente, senza alcuna necessità che vi sia eterodirezione.

Infine, la "presunzione di subordinazione" sembra incoerente anche rispetto alla nozione di lavoratore unionale, nonostante la Direttiva la richiami espressamente, prevalendo nella giurisprudenza della Corte di giustizia una nozione di subordinazione che attribuisce scarso rilievo all'esercizio dei poteri direttivo e di controllo, essendo piuttosto legata alla "dipendenza organizzativa", da intendersi, *a contrario* rispetto alla definizione di impresa, come incapacità del lavoratore di offrire sul mercato concorrenziale i propri servizi.

Insomma, non sembra che il meccanismo presuntivo delineato dalla Direttiva possa avere un reale impatto nel nostro ordinamento, anche in ragione della previsione della classica "clausola di non regresso" (art. 26). Né, del resto, può considerarsi innovativa l'attribuzione al giudice nazionale del potere di ordinare alle piattaforme l'esibizione di prove contenenti informazioni riservate utili al giudizio, essendo tale prerogativa già implicitamente prevista dall'art. 210 c.p.c.

3. Le regole sulla gestione e sulla trasparenza algoritmica

Maggiore rilievo hanno le regole sulla gestione e sulla trasparenza algoritmica. In particolare, la Direttiva distingue tra "sistemi di monitoraggio automatizzati", consistenti nell'utilizzo di algoritmi per monitorare, supervisionare e valutare la prestazione, e "sistemi decisionali automatizzati", quando l'algoritmo viene impiegato per assumere decisioni in ordine alle condizioni di lavoro.

La Direttiva si preoccupa innanzitutto di vietare che nell'ambito dei due sistemi predetti le piattaforme possano trattare dati personali e sensibili, sin dalla selezione e dall'assunzione del personale, con l'evidente scopo, tra gli altri, di limitare le "discriminazioni algoritmiche". Ma tali divieti vengono anche accompagnati da obblighi di *accountability* e sorveglianza a carico delle piattaforme - che al fine del loro adempimento devono dotarsi di un apparato di risorse umane appropriato -, consistenti nell'effettuazione regolare, e almeno ogni due anni, di una valutazione di impatto di tali sistemi sui lavoratori, di cui devono essere informati i loro rappresentanti, e nell'adozione delle misure necessarie a rimuovere i rischi di discriminazione o di violazione dei diritti umani derivanti dall'utilizzo dei sistemi algoritmici. La valutazione, inoltre, riguarda anche i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori derivanti dall'utilizzo dell'algoritmo, rispetto ai quali la piattaforma dovrà adottare le idonee misure di prevenzione e protezione.

In secondo luogo, sono posti a carico della piattaforma obblighi di informare per iscritto il lavoratore e i suoi rappresentanti - che vengono dotati al riguardo di diritti di informazione e consultazione -, e anche le autorità nazionali ove richiesto, sull'utilizzo, le modalità di utilizzo, gli scopi, l'oggetto, i destinatari e le motivazioni del monitoraggio e delle decisioni algoritmiche. È questa la parte più importante della "trasparenza algoritmica", la quale dovrebbe consentire ai lavoratori e ai propri rappresentanti di apprendere le informazioni necessarie a comprendere le ragioni alla base dell'esercizio dei poteri della piattaforma, allo scopo, eventualmente, di contestarle. Si tratta, tuttavia, di obblighi per lo più già previsti nel nostro ordinamento dall'art. 1-bis D.lgs. n. 152/1997, come modificato dal D.lgs. n. 104/2022 (c.d. Decreto trasparenza), per cui si reputa che i correttivi alla normativa nazionale in materia saranno minimi.

Corollario di tali obblighi è il diritto a ottenere il riesame umano delle decisioni, le quali, ove attengano alla limitazione, sospensione, chiusura dell'*account* o risoluzione del contratto, dovranno sempre essere prese da un umano, decisioni contro le quali, ove non condivise, gli Stati membri saranno tenuti a garantire il diritto a una risoluzione delle controversie tempestiva, efficace e imparziale e al ricorso, anche ai fini del risarcimento del danno e anche per mezzo dei rappresentanti dei lavoratori.

In ogni caso, la Direttiva riconosce al lavoratore il diritto alla portabilità dei propri dati personali generati nel corso dell'esecuzione della prestazione per mezzo della piattaforma, ivi compresi quelli reputazionali, così da non perderli nel passaggio ad altre piattaforme.

4. La promozione della sindacalizzazione dei lavoratori su piattaforma digitale

Un cenno meritano infine le misure di promozione della dimensione collettiva.

La Direttiva, infatti, fa carico agli Stati membri di adottare misure adeguate per promuovere il ruolo delle parti sociali e incoraggiare l'esercizio del diritto alla contrattazione collettiva nel lavoro mediante piattaforme digitali, sia con riferimento al tema della determinazione della corretta situazione occupazionale dei lavoratori delle piattaforme digitali sia dell'esercizio dei diritti relativi alla gestione algoritmica. In particolare, viene previsto che la contrattazione collettiva possa fissare regole più specifiche per garantire la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali, alla salute e alla sicurezza e all'informazione e alla consultazione. Ma soprattutto è importante segnalare il riconoscimento in capo ai lavoratori su piattaforma digitale del diritto a contattarsi e comunicare tra loro in maniera privata e sicura, come anche di contattare i rappresentanti dei lavoratori attraverso le infrastrutture digitali delle piattaforme o mezzi altrettanto efficaci, senza che queste ultime possano accedere a tali contatti e comunicazioni e monitorarli. Si tratta di una previsione di rilievo, in quanto finalizzata a favorire l'incontro, anche solo virtuale, tra i lavoratori e la condivisione e scambio di esperienze tra loro, come avverrebbe nei locali fisici dell'impresa, quale primo passo nella direzione della formazione di un interesse collettivo.

5. L'incerto impatto della Direttiva nel nostro ordinamento?

A una prima lettura, quindi, la "Direttiva piattaforme" sembra dotata solo in parte di elementi innovativi per il nostro ordinamento, attinenti prevalentemente alla valutazione dell'impatto degli algoritmi sulla prestazione, al trattamento dei dati personali e alla valorizzazione della dimensione collettiva. Per il resto, non vi è certezza in merito all'effettivo impatto che la Direttiva potrebbe avere in Italia, soprattutto rispetto alle regole della corretta qualificazione del rapporto, che non sembrano in alcun modo incidere sui processi decisionali della nostra giurisprudenza.

In ogni caso, l'effetto immediatamente riconducibile alla Direttiva nel nostro Paese potrebbe essere quello di scoraggiare ulteriormente le piattaforme a continuare a operarvi, atteso che, come dimostrato dall'esito delle ispezioni da esse subite e dai casi giurisprudenziali, non sembra che il modello della *gig-economy* possa essere sostenibile mediante l'apporto dei soli lavoratori autonomi genuini. Al di là delle considerazioni giuridiche, va quindi apprezzato il valore "politico" del provvedimento unionale, che costituisce un importante *step* per tutti gli Stati membri verso una maggiore tutela dei lavoratori su piattaforma digitale, a prescindere dall'attività svolta e dalla loro qualificazione giuridica. **D&L**

FLASH

Il Garante della Privacy precisa il contenuto degli obblighi di informazione e trasparenza delle piattaforme digitali

Il provvedimento n. 675/2024 con il quale il Garante della Privacy ha inflitto una sanzione di 5 milioni di euro alla nota società di food delivery Foodinho (già sanzionata nel 2021) è di estremo interesse per i chiarimenti che esso contiene in merito al trattamento dei dati personali dei riders da parte delle piattaforme digitali ed ai connessi diritti di informazione spettanti ai lavoratori. L'intervento del Garante arriva in concomitanza della pubblicazione della direttiva UE n. 2024/2831 sul lavoro tramite piattaforma (commentata in queste pagine) e costituisce dunque un imprescindibile riferimento per valutare se ed in che misura questa vada recepita nel nostro ordinamento.

Alla piattaforma il Garante imputa l'adozione di processi decisionali interamente automatizzati per la valutazione delle prestazioni lavorative con conseguente profilazione in assenza di idonea informativa ai lavoratori, l'utilizzo illegittimo di sistemi di geolocalizzazione anche al di fuori della svolgimento di attività lavorativa, nonché l'invio dei dati personali dei rider, compresa la posizione geografica, a società terze.

Questi comportamenti violano in primo luogo l'obbligo di trasmettere al lavoratore le informazioni puntualmente elencate dal comma 2 dell'art.1-bis del d.lgs. 152/97 (come riformato dal d.lgs. 104/22); informazioni da fornire agli interessati in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro. Nell'utilizzo di sistemi di profilazione automatica, la piattaforma ha violato anche il diritto del lavoratore di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione e contestare se necessario la decisione assunta attraverso il sistema decisionale automatizzato, nonché il divieto (previsto dall'art. 47-quinquies, d.lgs. n. 81/2015) di disporre l'esclusione dalla piattaforma e la riduzione delle occasioni di lavoro in ragione della mancata accettazione della prestazione.

L'intervento del Garante ha tratto origine dalla morte sul lavoro di un rider, avvenuta a Firenze nell'ottobre del 2022, alla quale la piattaforma ha "automaticamente" reagito con la disattivazione dell'account della vittima. Una vicenda tragicamente emblematica dei tratti inumani del lavoro tramite piattaforma, che il mero rafforzamento dei diritti di informazione (meritoriamente valorizzati dal Garante) potranno forse attuare ma non cancellare del tutto.

IL SIPARIO RICUCITO?

Il Tribunale di Milano rinvia alla Corte di giustizia il caso dei contratti a termine stipulati dalle Fondazioni lirico sinfoniche

di
Andrea
Danilo
Conte

Avevamo intitolato “Il sipario strappato” il commento (molto critico) su questo bollettino (cfr. n.2/2023) alle due sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (n. 5542 e 5556 del 23.1.2023) con le quali la Suprema Corte operava un “autentico strappo sul tessuto normativo che regola i rapporti di lavoro delle Fondazioni lirico sinfoniche”. Le due sentenze, lo ricordiamo, stabilivano che l'effetto della declaratoria di illegittimità dell'apposizione del termine in un contratto a tempo determinato stipulato dalle Fondazioni liriche non può essere la sua conversione a tempo indeterminato ma deve limitarsi ad un'indennità di carattere economico.

Sulle conseguenze della declaratoria di illegittimità dei contratti a tempo determinato stipulati dalle Fondazioni interviene ora il Tribunale di Milano con ordinanza pregiudiziale di rinvio alla

Corte di Giustizia del 7 ottobre 2024. La questione dunque si riapre per l'ennesima volta.

Dopo aver puntualmente ricostruito le alterne vicende riguardanti il regime giuridico dei contratti a termine delle Fondazioni liriche ripetutamente sottoposto al vaglio delle Alte Corti (v. Corte Costituzionale 260/2015, Corte di Giustizia europea 28 ottobre 2018 sentenza “Sciotto”) il Tribunale di Milano si confronta con il recente orientamento delle Sezioni Unite rilevandone lucidamente gli elementi di criticità.

In via preliminare l'ordinanza rileva come le Sezioni Unite costituiscano un improvviso mutamento di orientamento (uno “strappo”, appunto) rispetto ad una consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, anche a Sezioni Unite, che aveva costantemente dichiarato la natura privatistica dei rapporti di

lavoro stipulati dalla Fondazioni. Prima dei suddetti orientamenti non si conosceva un autentico contrasto in seno alla Cassazione che aveva in tutti i suoi pronunciamenti unanimemente previsto la conversione del contratto illegittimo in contratto a tempo indeterminato (cfr. ex multis Cass. 6680/2019, 11121/2019; 11122/2019; 8214/2019; 6547/2014; 10924/2014; 19189/2016; 9896/2018; 25800/2018; 32420/2019; 32150/2019).

L'ordinanza affronta quindi il tema centrale che da sempre affligge il dibattito in ordine alla natura delle Fondazioni. Tema di stringente attualità, basti pensare che proprio in questi giorni il Ministro della Cultura rispondendo ad una interrogazione parlamentare ha ricordato la natura pubblicistica delle Fondazioni e che anche la Corte dei Conti, di recente, (n. 58/SSRRCO/CCN/2024) nella delibera delle Sezioni Riunite in sede di controllo del rinnovo del Contratto

Collettivo nazionale delle Fondazioni si è soffermata sulla “marcata natura pubblicistica” delle Fondazioni, richiamando la sentenza della Corte Costituzionale 153/2011.

Ma è proprio questo il punto. Ed ancora una volta il dibattito sulla natura pubblica o privata delle Fondazioni torna ad essere il presupposto che ispira tanto l'azione del legislatore quanto quella interpretatrice della giurisprudenza. Un dibattito, però, come abbiamo avuto modo più volte di evidenziare su queste pagine, viziato da una miopia genetica: quella di non voler vedere che se da un lato sono innegabili gli elementi pubblicistici in punto di gestione, di governo e di funzione delle Fondazioni, dall'altro l'attuale assetto normativo non consente di attrarre i rapporti di lavoro stipulati da esse tra i rapporti pubblici. Soffermarsi sugli elementi evidentemente pubblicistici che connotano le Fondazioni, senza considerare la natura privatistica dei rapporti di lavoro dalle stesse stipulati, costituisce l'equivoco più frequente ed anche quello più foriero di scelte che poi inevitabilmente si scontrano con principi di rango superiore. Occorre distinguere l'innegabile impronta pubblicistica delle Fondazioni dal tema dell'inquadramento giuridico dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle stesse. L'art. 22 del d. lgs. 367/1996 prevede infatti che ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle Fondazioni in esame si applica la normativa “sui rapporti di lavoro subordinato dell'impresa”. La legge che istituisce le Fondazioni liriche, gli conferisce natura privatistica (art. 1 d. lgs. 367/1996) e prevede che ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle stesse si applichi la normativa privatistica delle imprese e non quella dei dipendenti pubblici. E tutte le norme che si sono succedute negli anni in materia di contratti a termine privatistici (così la 368/2001, artt. 4 e 5; così la 81/2015, art. 29) hanno espressamente

regolamentato i contratti stipulati dalle Fondazioni liriche le quali, a loro volta, non hanno mai stipulato i contratti a termine ai sensi dell'art. 36 d. lgs. 165/2001. Il richiamo al pronunciamento delle Consulta n. 153/2011 che esalta l'impronta pubblicistica delle Fondazioni liriche deve necessariamente essere accompagnato dal richiamo all'altro pronunciamento della Consulta n. 260/2015 che ribadisce la natura privatistica dei rapporti di lavoro delle stesse, e solo tenendo conto del doppio pronunciamento della Corte Costituzionale si inquadra correttamente il tema in esame.

L'ordinanza del Tribunale di Milano affronta le pieghe di questa aporia giurisprudenziale evidenziando come le Sezioni Unite abbiano posto l'accento solo sulla funzione pubblica delle Fondazioni senza compiutamente affrontare la natura dei rapporti di lavoro delle stesse, incorrendo negli inevitabili dubbi sulla disparità di trattamento cui sono sottoposti i lavoratori delle Fondazioni liriche, unici tra i dipendenti regolamentati dal diritto delle imprese a non beneficiare della sanzione della conversione nell'ipotesi di illegittimo ricorso a contratti a termine. E qui appare inevitabile il richiamo al monito della Corte Costituzionale nella sentenza 260/2015 dove l'ipotesi di non convertibilità del contratto a termine per “vizi genetici” dello stesso è stata ritenuta inammissibile in quanto “pregiudica un aspetto fondamentale delle tutele accordate dall'ordinamento ai rapporti di lavoro in un contesto già marcatamente derogatorio rispetto al diritto comune”.

L'ordinanza rileva infine come la normativa risultante dal pronunciamento a Sezioni Unite appaia in contrasto con quanto statuito dalla CGUE nella sentenza “Sciotto” del 28 ottobre 2018 proprio in materia di contratti a termine delle

Fondazioni liriche laddove la Corte Europea aveva rilevato (paragrafo 70) che “la normativa nazionale di cui trattasi contiene norme applicabili ai contratti di lavoro di diritto comune dirette a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro di diritto comune prevedendo la conversione automatica .e ciò potrebbe costituire una adeguata misura preventiva di un siffatto abuso.”

E d'altra parte la circostanza di fatto che, a seguito del pronunciamento delle Sezioni Unite, le Fondazioni abbiano continuato, indisturbate, a stipulare contratti in successione per coprire cronici vuoti di organico, con lo stesso dipendente talvolta superando il numero di 100 contratti dovrebbe far riflettere sull'efficacia dissuasiva dell'attuale assetto sanzionatorio come risultante a seguito del pronunciamento delle Sezioni Unite.

Dunque il sipario si era chiuso, poi si è riaperto, poi ha subito uno strappo. Ora il Tribunale di Milano tenta una ricucitura. L'ago e il filo ripassano nelle mani della Corte di Giustizia. Ché dal legislatore si può sperare ben poco. **D&L**

Il divieto che non c'è: interposizione nei rapporti di lavoro e parità di trattamento nella disciplina unionale della somministrazione di manodopera

di
Ivan
Petrone

Approvata alla vigilia del deflagrare della crisi economico-finanziaria, dopo lunga e travagliata gestazione, la direttiva 2008/104 sul lavoro tramite agenzia interinale si iscrive in una fase del processo d'integrazione europea certo non favorevole per i diritti dei lavoratori. Non sorprende dunque il suo contenuto compromissorio, di strumento normativo che associa le finalità di tutela lavoristica al chiaro intento di non ostacolare l'attività delle agenzie di somministrazione, la cui piena legittimazione trova solido fondamento proprio nei principi del mercato interno. La somministrazione di manodopera, infatti, per il diritto materiale dell'UE, costituisce espressione della libertà di prestazione dei servizi, al pari di qualsiasi altra attività d'impresa fondata sull'art. 56 TFUE. Da ciò, appunto, la doppia anima di una direttiva che, se da una parte afferma il principio della parità di trattamento tra lavoratori somministrati e lavoratori "comparabili" dell'impresa utilizzatrice, dall'altra garantisce alle agenzie il diritto di operare sul territorio dell'UE senza subire ingiustificate restrizioni da parte delle legislazioni nazionali.

La natura compromissoria della direttiva 2008/14 emerge con evidenza dalla sentenza del 24 ottobre scorso (*LM c. Omnitel Comunicaciones et al.*, causa C-441/23)

con la quale la Corte di giustizia ha deciso le questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte Superiore di Giustizia di Madrid, nell'ambito di una controversia che ha opposto una lavoratrice alla Microsoft e ad una società che per quest'ultima svolgeva servizi di marketing. Per svolgere questi servizi, infatti, la lavoratrice era stata impiegata come consulente di vendita presso la Microsoft, salvo poi essere licenziata di rientro dal periodo di congedo di maternità. A fronte della richiesta di reintegrazione presso la Microsoft, come conseguenza della declaratoria di nullità del licenziamento, il giudice spagnolo ha sollevato una serie di questioni pregiudiziali davanti alla Corte di giustizia, tese a chiarire se la direttiva 08/104 si possa applicare ad una simile situazione, ovvero se questa riguardi anche somministrazioni operate da imprese non qualificate in uno Stato come agenzie interinali, in quanto sprovviste dell'autorizzazione richiesta dalla legislazione ivi vigente; e, in caso la direttiva trovi applicazione, quali effetti da ciò conseguano.

Le questioni affrontate dalla Corte non sono di scarso rilievo, giacché portano questa ad esprimersi in merito al rilievo che il divieto di interposizione nei rapporti di lavoro ha (o non ha) nell'ambito del diritto dell'UE. Ed è su questo

piano, appunto, che la sentenza svela tutta la debolezza dell'impianto della direttiva del 2008. La Corte osserva infatti che il legislatore europeo, nel fissare gli standard minimi di tutela dei lavoratori somministrati, non ha in alcun modo inteso subordinare l'attività delle agenzie ad un regime di autorizzazione, lasciando in merito la massima discrezionalità agli Stati. Da ciò la conclusione che la direttiva si debba applicare a qualsiasi impresa che mette a disposizione di un utilizzatore lavoratori da essa assunti, indipendentemente dal fatto che essa operi in virtù di un'autorizzazione. Per la Corte tale conclusione è imposta dall'esigenza di garantire un'omogenea tutela ai lavoratori europei, dal momento che, diversamente considerando, questa *“variarebbe tra gli Stati membri, a seconda che i diritti nazionali richiedano o meno siffatta autorizzazione, e all'interno di uno stesso Stato, a seconda che l'impresa in questione detenga o meno una siffatta autorizzazione”*.

E' evidente che nell'orizzonte dei giudici di Lussemburgo non c'è dunque alcuno spazio per il divieto di interposizione. La tutela dei lavoratori somministrati nell'ordinamento dell'UE passa tutta dal principio della parità di trattamento, tant'è che la sua mancata applicazione comporterebbe, appunto, la pura e semplice privazione di qualsiasi regime protettivo. Se così è però, il rischio è che dal diritto dell'UE si possa trarre la legittimazione alla piena liberalizzazione della somministrazione di manodopera, quale principio che ispira la regolazione della materia negli Stati membri.

Per quanto ambigue possano apparire le affermazioni della Corte, si deve però evitare di far dire ai giudici europei più di quanto dicano o possano dire. Il che avverrebbe se non si considerasse che la funzione delle direttive in materia di lavoro è di fissare standard minimi di armonizzazione tra gli Stati membri, lasciando questi liberi di garantire ai lavoratori regimi di tutela più favorevoli (come, d'altra parte, ribadisce l'art. 9 della direttiva 08/104).

E' evidente che se in uno Stato l'attività di somministrazione è condizionata ad un'autorizzazione amministrativa, quell'attività non è esercitabile altrimenti, ovvero senza autorizzazione non è ammissibile la dissociazione tra titolarità del rapporto di lavoro e titolarità dei poteri propri del datore di lavoro. Ne consegue che, in assenza di autorizzazione, il lavoratore somministrato (irregolarmente) ben potrà essere tutelato dalla costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore e non già, soltanto, dal principio della parità di trattamento. Se la Corte non si è espressa in tal senso, non è perché escluda tale ovvia conclusione, ma perché, appunto, della titolarità del

rapporto di lavoro la direttiva non si occupa, non avendo il legislatore europeo inteso vincolare eccessivamente gli Stati membri nella regolazione dell'esercizio dell'attività in parola.

Insomma, la Corte si limita ad affermare che, in caso di somministrazione non autorizzata, ai lavoratori spettano quanto meno le tutele derivanti dall'applicazione della parità di trattamento; fermo restando (s'intende, seppur implicitamente) la possibilità per gli Stati di introdurre tutele più forti, quali la costituzione del rapporto direttamente in capo all'utilizzatore.

Certo è che la sentenza in commento evidenzia un profilo di estrema criticità della regolazione unionale della somministrazione, intimamente connesso con i principi sui quali si fonda il mercato interno. In quanto *“normale”* attività d'impresa, infatti, la somministrazione di manodopera viene esercitata in base alle condizioni previste dalla legislazione dello Stato in cui l'impresa somministratrice ha la propria sede. Se dunque uno Stato decide di liberalizzare tale attività, sottraendola al controllo pubblico (e quindi, di fatto, disconoscendo il divieto di interposizione), non per questo le sue imprese possono essere ostacolate nello svolgerla sul territorio di altri Stati dell'Unione, pena la violazione della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi sancite dal Trattato.

Per questo motivo, l'originaria normativa italiana sul lavoro interinale nel 2002 è stata giudicata contraria al diritto dell'UE, dal momento che imponeva alle imprese di somministrazione stabilite all'estero di registrarsi presso l'albo ministeriale nazionale come condizione per operare in Italia (sentenza 7.2.2002, C-279/00). Ciò spiega l'attuale previsione dell'art. 1, comma 3 del d.lgs. 136/16 (che regola il distacco transnazionale) per la quale le agenzie di somministrazione stabilite in altri Stati membri possono operare in Italia anche in assenza di autorizzazione, se operano *“in forza di un provvedimento amministrativo equivalente, ove previsto, rilasciato dall'autorità competente di un altro Stato membro”*. Dove l'inciso *“ove previsto”* si spiega appunto con la necessità di dover comunque rispettare l'opzione regolativa dello Stato d'origine, che potrebbe anche non condizionare l'attività di somministrazione ad alcuna autorizzazione amministrativa.

Il fatto che le condizioni per operare come impresa di somministrazione sono determinate dal paese dove questa è stabilita, è tra le cause del proliferare di imprese di somministrazione nei paesi dell'est dove, anche quando prevista, l'autorizzazione è rilasciata a condizioni

enormemente più favorevoli che in Italia. Si tratta per altro di imprese spesso create da attori italiani, che beneficiano così dello “shopping” normativo reso possibile dalle regole del mercato interno.

Contro il dumping che un simile scenario configura, è doveroso ricordarlo, non può (come sembra suggerire la Corte di giustizia) bastare il principio della parità di trattamento garantito dalla direttiva 2008/104 (e dalle connesse regole della direttiva 96/71 relativa al distacco transnazionale), giacché tale principio (oltre ad essere comunque di difficile applicazione nella pratica) riguarda le condizioni di lavoro applicate al lavoratore somministrato dall'estero, e non già i profili previdenziali del suo rapporto di lavoro, che restano regolati dalla normativa del paese di stabilimento dell'impresa che somministra; ciò sempre in virtù del diritto dell'UE, in specie dell'art. 12

del regolamento 883/04 sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Con buona pace del principio della leale concorrenza (oltre che dei conti dell'INPS), che pur dovrebbe ispirare le dinamiche dell'integrazione europea. **D&L**

FLASH

Ennesima precettazione del Ministro dei trasporti, stavolta con l'avallo della Commissione di garanzia

Ci risiamo. Puntualmente arriva la precettazione del Ministro Salvini ad indebolire la portata di uno sciopero generale vietandone la partecipazione ai lavoratori del trasporto locale. Stavolta ad essere colpiti sono congiuntamente i confederali (CGIL e UIL) e gli autonomi (COBAS, ADL COBAS, SLAI COBAS, CLAP) per gli scioperi, autonomamente proclamati, del 29 novembre scorso. E come purtroppo ampiamente prevedibile (e previsto: vd Bollettino n. 2/2024), la “svolta” operata dal TAR Lazio con la sentenza del 28 marzo di quest'anno non ha affatto creato un argine agli scomposti interventi del Ministro più anti-sindacale della storia patria. Con quella sentenza i giudici amministrativi hanno ricondotto nell'alveo dei poteri della Commissione di garanzia la valutazione in merito ai presupposti per l'adozione dell'ordinanza (il “fondato pericolo di pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati”, di cui all'art. 8, l. 146/90), condizionando l'autonomo intervento dell'autorità governativa alla prova circa l'esistenza di esigenze di “necessità e urgenza” sopravvenute rispetto a quelle già valutate dal Garante. Ciò spiega come mai, stavolta, la Commissione si sia mossa in tempo debito, prima con la delibera d'invito ex art. 13, comma 1, lett. d) l. 146/90 del 12 novembre (respinta in parte dai soggetti proclamanti), poi con la segnalazione al Ministro dei trasporti circa la necessità di precettare i riottosi sindacati (deliberazione n. 24/406 del 25 novembre). A chiudere il cerchio, è poi arrivato il TAR Lazio che ha respinto la richiesta di sospensiva avanzata dagli stessi sindacati. In altre parole, basta un più attento coordinamento tra autorità amministrativa e autorità di governo, per legittimare qualsiasi limitazione al diritto di sciopero.

Tutta autoreferenziale l'argomentazione che la Commissione ha posto a base ai suoi interventi: l'invito a revocare lo sciopero nei settori del trasporto passeggeri, si è basato su una regola concepita dalla stessa Commissione che (modificando un proprio precedente indirizzo) ha ripristinato la rarefazione oggettiva anche in caso di proclamazione di uno sciopero generale, con riguardo proprio al settore dei trasporti (delibera n. 22/279 del 12 dicembre 2022). Il che di per sé non sarebbe stato però sufficiente a giustificare la precettazione, ma solo ad applicare le sanzioni a carico dei sindacati previste dall'art. 4, l. 146/90. Ed invece, per la Commissione, la violazione della delibera di invito determina di per sé “la certezza del pregiudizio ai diritti della persona, che è al contempo grave (perché intacca beni essenziali alla vita personale e di relazione) ed imminente”. A supporto di tale apodittica conclusione, giunge poi la sorprendente osservazione per la quale detto pregiudizio si configurerebbe per il “fondato rischio di una cospicua adesione anche da parte di lavoratori non iscritti ai sindacati proclamanti”. Come dire che la precettazione si giustifica quando è prevedibile che uno sciopero possa avere successo. Con il che si svela la ragione “politica” all'origine di quest'ennesimo attacco al diritto di sciopero.