

WORK IN PROGRESS

collana a cura di LORENZA ALBANESE

diritto del lavoro

WORK3

VALERIA GLÖDER

intermediazione nella prestazione di lavoro: trasferimento, appalto e distacco d'azienda

EXEO edizioni 

WORK IN PROGRESS

ISBN formato pdf: 978-88-6907-141-6

pubblicazioni professionali

CAPITOLO I

L'ESTERNALIZZAZIONE (O OUTSOURCING) E LA SOMMINISTRAZIONE DI MANODOPERA

1. L'esternalizzazione

1.1 L'esternalizzazione e le sue cause

L'esternalizzazione può essere definita il fenomeno per cui un'impresa sceglie di spostare parte del proprio processo produttivo all'esterno e, specificamente, presso terzi¹. Da ciò l'ulteriore definizione di «decentramento produttivo». Non si tratta, quindi, di una fattispecie particolare bensì di un concetto generale o, più correttamente, di un risultato cui si giunge per mezzo di diversi strumenti.

Prima di analizzare tali strumenti appare opportuno cogliere le ragioni di siffatto fenomeno.

Per quanto concerne le motivazioni che inducono a ricorrere al decentramento produttivo esse si inseriscono in quello che è lo scopo tipico di un'impresa. Cioè, per definizione, quello di realizzare un profitto². In particolare, l'azienda ottiene un vantaggio in termini di minore costo mediante due canali.

Il primo si sostanzia nella possibilità di affidarsi a terzi, ciò che consente di allocare la fase produttiva presso un soggetto specializzato in questa attività e, quindi, in grado di fornire un

¹ Così DEL GIUDICE F., IZZO F., SOLOMBRINO M., *Manuale di diritto del lavoro*, Simone, 2014, pag. 145. Di «disarticolazione» di questo processo parlano BALLESTRERO M. V., DE SIMONE G., *Diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, 2012, pag. 444.

² Parla di «creazione di valore, ovvero produzione di beni/servizi che abbiano un valore superiore a quello utilizzato per realizzarli» VIGORELLI M. in FUMAGALLI L., DI CIOCCIO P., *L'outsourcing e i nuovi scenari della terziarizzazione*, FrancoAngeli, 2002, pag. 9.

servizio migliore. Questo comporta la produzione di beni o servizi di più alta qualità e valore.

Il secondo canale di cui si avvale l'azienda è costituito dalla possibilità di servirsi solo temporaneamente dei terzi. In particolare essa non è costretta a stipulare contratti a tempo indeterminato, con evidenti benefici in tema di costo del lavoro³. Inoltre l'assenza di dipendenti stabili può comportare dimensioni ridotte per l'impresa e la conseguente non applicazione di disposizioni quali quelle relative ai licenziamenti collettivi⁴.

Ciò, tuttavia, comporta degli svantaggi per coloro che prestano la propria attività. Questi, infatti, subiscono la costituzione di rapporti di regola precari. Del resto si tratta del riflesso, anche in tale settore, della contrapposizione tra lavoratore e datore di lavoro che connota da sempre la materia e che vede ciascuno di essi impegnato a preservare i propri (opposti) interessi.

L'impresa che esternalizza ottiene dei vantaggi sul piano economico ma paga anche dei costi, i quali concernono diversi profili.

Ogni delocalizzazione, infatti, affievolisce la possibilità che si crei una fidelizzazione tra il committente e chi presta la propria opera. Ciò deriva dalla temporaneità del legame che si instaura tra di tali soggetti piuttosto che dalla sua natura di rapporto non interno all'azienda. Tuttavia, la temporaneità è carattere intrinseco dell'esternalizzazione. Come osservato, l'azienda si dota di una struttura flessibile che le consente di servirsi di terzi per un tempo limitato ed in rapporto alle esigenze da soddisfare⁵.

La mancanza di fidelizzazione può incidere pesantemente sulla qualità dell'opera del prestatore. Tuttavia, le imprese vi ricorrono in modo crescente⁶ e ciò probabilmente si deve al fatto che i vantaggi

³ Parla di «migliore allocazione delle risorse» MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, 2013, pag. 228.

⁴ Il riferimento è alla disciplina dettata dalla l. 23 luglio 1991, n. 223 pur se attenuata nella sua severità dall'art. 10 d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 emanato in attuazione della l. 10 dicembre 2014, n. 183 ("Jobs act").

⁵ Così DEL GIUDICE F., IZZO F., SOLOMBRINO M., pag. 145.

⁶ Per un'analisi dell'evoluzione del fenomeno fino al 2001 si veda FUMAGALLI L., DI

superano gli svantaggi.

L'*outsourcing*, infatti, permette all'impresa di rispondere alle domande, anche diverse, che provengono dal mercato⁷. Ciò le consente di rimanere concorrenziale all'interno di esso.

1.2 Esternalizzazione ed interposizione

Così descritto, l'*outsourcing* rimane distinto dai fenomeni di interposizione⁸ pur trattandosi di fattispecie caratterizzate da un forte legame.

Nella sua forma più elementare l'esternalizzazione si realizza mediante la stipula di semplici contratti di lavoro. Così, anche un contratto di collaborazione continuativa o di lavoro a domicilio possono costituire il mezzo di cui l'impresa si avvale per decentrare parte della propria attività affidando a terzi singoli segmenti del processo produttivo. In tal caso esternalizzare significa, semplicemente, reperire fuori dall'impresa un dato servizio.

In una forma più articolata l'*outsourcing* può esprimersi mediante (prima) la delocalizzazione della forza lavoro e (poi) la reimmissione della medesima nell'impianto aziendale. Le esternalizzazioni rappresentano, in questo caso, una sorta di «viaggio di andata», il primo segmento di un'operazione che si compone di due parti. L'interposizione, invece, può costituire il mezzo con cui si realizza il «viaggio di ritorno» di questo percorso⁹.

Tale seconda ipotesi è indubbiamente più complessa. Infatti la stipula di un contratto di lavoro comporta, di regola, il sorgere delle sole problematiche attinenti a quella fattispecie contrattuale. Nel

CIOCCIO P., pag. 24.

⁷ In tal senso DEL GIUDICE F., IZZO F., SOLOMBRINO M., pag. 145.

⁸ Come di seguito si specificherà si ha interposizione ogni volta che tra colui che rende la prestazione e colui che ne fruisce si inserisce un soggetto terzo in qualità di datore di lavoro del primo.

⁹ In proposito parlano di «esternalizzare» e «reinternalizzare» BALLESTRERO M. V., DE SIMONE G., pag. 444.

caso di commistione tra esternalizzazione e interposizione si pongono, invece, questioni delicate. Esse sono, innanzitutto, quelle tipiche dell'uno e dell'altro istituto. Più in generale diviene necessario verificare sino a che punto si realizzino operazioni negoziali lecite e quando, invece, venga posta in essere un'elusione dei divieti che permangono in materia.

1.3 L'esternalizzazione della produzione e l'interposizione di manodopera

Come si è detto l'esternalizzazione concerne lo spostamento (o comunque il reperimento) di una fase della produzione fuori dall'azienda e presso terzi. Essa ha ad oggetto, quindi, la produzione medesima. Lo stesso trasferimento di azienda costituisce, secondo il dettato dell'art. 2112 co. 5 c.c., lo spostamento di un'attività economica (vedi *infra*)¹⁰. Rispetto a tale operazione il trasferimento della forza lavoro è una conseguenza.

Quando si allude all'interposizione, invece, si fa riferimento all'allocazione di manodopera. La somministrazione, l'appalto ed il distacco, di cui in seguito, costituiscono strumenti con cui viene fornita manodopera all'impresa richiedente.

Pertanto, se si considera il fenomeno che si sta analizzando nel suo complesso (esternalizzazione e reimmissione dei lavoratori) si vede come esso si compone di due corpi ben distinti anche sul piano oggettivo. Quello che si avvia come un procedimento di allocazione della produzione termina sotto forma di procedimento di reintroduzione di capitale umano.

¹⁰ Art. 2112 co. 5 c.c.: «Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compreso l'usufrutto o l'affitto di azienda. [...]».

giudiziale per la verifica dei presupposti notevolmente limitato⁴⁵.

Infine, è vietata la somministrazione fraudolenta⁴⁶. Essa configura un vero illecito penale che esige il dolo specifico consistente nella volontà di sottrarsi all'applicazione di norme inderogabili⁴⁷.

In conclusione è fondamentale osservare come le ipotesi di somministrazione *contra legem* costituiscano, secondo la dottrina, un argomento che consente di ritenere ancora vigente, nell'ordinamento, un generale divieto di interposizione illecita⁴⁸. Oltre che per la somministrazione tale affermazione vale per le ipotesi di appalto e distacco illeciti⁴⁹.

4. L'appalto

4.1 Definizione e disciplina

Conformemente al carattere repressivo della l. 23 ottobre 1960, n. 1369 anche l'appalto conosce, ai sensi di tale normativa, una disciplina di stampo prettamente negativo volta a sanzionarne l'illiceità. Ai sensi dell'art. 1 della legge menzionata l'appalto è vietato

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 27 co. 3 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 «Ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro il controllo giudiziale e' limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore».

⁴⁶ Art. 28 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

⁴⁷ Secondo MAZZOTTA O., pag. 298 essa costituisce, in realtà, un «inutile doppione della disciplina sanzionatoria della somministrazione irregolare».

⁴⁸ Così MAZZOTTA O., pag. 237 ss.. Oltre al dato testuale l'autore fonda la conclusione sulla considerazione più generale per cui l'esistenza di ambiti entro i quali esiste una somministrazione lecita non può che comportare che, fuori da questi ambiti, l'interposizione è illecita.

⁴⁹ Cfr. MAZZOTTA O., pag. 239. Vedi *infra*.

quando ha ad oggetto «mere prestazioni di lavoro»⁵⁰. Esistono, tuttavia, delle ipotesi in cui esso è ammesso perché lecito⁵¹.

Oggi l'istituto è regolato dall'art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Fermo restando che il decreto in esame esprime una indubbia propensione per le esternalizzazioni⁵² esso detta una disciplina solo apparentemente diversa da quella di cui alla l. 23 ottobre 1960, n. 1369⁵³.

La definizione dell'appalto è attinta dal codice civile. Infatti l'art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 rimanda all'art. 1655 c.c. ai sensi del quale esso è «il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro».

Tuttavia l'art. 29 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 contiene, rispetto a quanto recita l'art. 1655 c.c., una specificazione: l'organizzazione dei mezzi, uno dei caratteri tipici dell'appalto, «può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto». L'inciso può essere esaminato sotto più punti di vista.

Innanzitutto, secondo lo stesso dettato dell'art. 29 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, esso serve a distinguere l'appalto dalla somministrazione. Infatti, mentre in quest'ultima i lavoratori soggiacciono al controllo ed alle direttive dell'utilizzatore⁵⁴, nel primo ciò è escluso. Essi fanno capo al solo appaltatore e, si può affermare, il committente si serve della sua opera e non dei suoi lavoratori.

⁵⁰ Secondo DE LUCA TAMAJO R., PATERNO' F., in LAMBERTUCCI P., *Diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, 2010, pag. 1 lo scopo di questa disciplina è evitare che l'azienda possa servirsi di uno strumento, lecito, allo scopo, illecito, di sfruttare la manodopera mediante interposizioni fittizie di terzi tra lavoratore e datore di lavoro.

⁵¹ Si tratta, in particolare, dell'appalto avente ad oggetto servizi interni dell'azienda (art. 3) e delle ipotesi previste dal successivo art. 5, l. 23 ottobre 1960, n. 1369.

⁵² L'opinione, condivisa, è di BALLESTRERO M. V., DE SIMONE G., pag. 457.

⁵³ Per una lucida analisi della continuità di fondo che intercorre tra le normative si rinvia a DE LUCA TAMAJO R., PATERNO' F., pag.1 ss.

⁵⁴ Così l'art. 20 co. 2 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276

In secondo luogo l'inciso esprime un requisito di validità dell'appalto, che diviene illecito se rappresenta lo strumento con il quale il committente maschera l'utilizzo diretto di manodopera mediante ricorso ad un altro (fittizio) datore di lavoro⁵⁵.

Ciò permette anche di ricavare la corretta lettura dell'art. 29 co. 1 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Infatti il l'organizzazione dei mezzi di cui all'istituto può risultare, secondo tradizione, dalla presenza di una struttura imprenditoriale⁵⁶; ma può anche emergere dal solo fatto dell'esercizio del potere direttivo ed organizzativo da parte dell'appaltatore (che, quindi, può non essere un imprenditore). Ciò che rileva è che, in ogni caso, tale potere direttivo non può mai mancare.

Merita menzione, infine, il co. 3 dell'art. 29 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 ai sensi del quale «L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto, non costituisce trasferimento di azienda o di parte di azienda». L'ipotesi cui esso si riferisce è la seguente: l'opera il servizio vengono affidati prima ad un appaltatore e, poi, ad un altro che, però, adopera i medesimi prestatori. Poiché, appunto, non si applica la disciplina (e le garanzie) del trasferimento di azienda, di cui all'art. 2112 c.c. (del quale si dirà in seguito), il lavoratore non conserva, *ex lege*, i diritti che aveva e può trovarsi in una situazione deteriore.

⁵⁵ L'art. 29 co. 3bis d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, infatti, prevede che «Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2».

⁵⁶ In tal senso, tra le altre: Cass. 21 maggio 2010, n. 12519 in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 5, pag. 794; Cass., II, 17 maggio 2005, n. 10362, in *Obbligazioni e contratti*, 2005, 3, pag. 264.

CAPITOLO II

TRASFERIMENTO D'AZIENDA

1. Premessa

Il trasferimento d'azienda (e di una sua parte, assoggettati alla medesima normativa⁷⁰) riceve disciplina sia dall'art. 2112 c.c. che dall'art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428.

Di seguito si tratterà di entrambe le ipotesi di cessione dell'intera azienda e di suo ramo.

Tuttavia è opportuno premettere che è soprattutto rispetto alla seconda di queste vicende che si pone il problema di valutare la liceità sia della stessa cessione che di una eventuale reinternalizzazione della forza lavoro esternalizzata.

Tale ultima questione sarà oggetto di analisi approfondita nel successivo capitolo.

Si può sin d'ora anticipare, inoltre, come la materia sia stata fortemente influenzata dal diritto comunitario. In particolare sono intervenute tre direttive: dir. 77/187/CE del 14 febbraio 1977, dir. 98/50/CE del 29 giugno 1998 e dir. n. 2001/23/CE del 12 marzo 2001. La legislazione sovranazionale, pertanto, costituisce in questo settore un parametro necessario per interpretare la disciplina interna.

2. Definizioni

2.1 Trasferimento d'azienda

⁷⁰ L'estensione è operata dal co. 5 dell'art. 2112.

La definizione di trasferimento d'azienda viene fornita dall'art. 2112 co. 5 c.c., il cui primo periodo recita: «Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compreso l'usufrutto o l'affitto di azienda».

La disposizione in esame è stata oggetto di alcune modifiche nel tempo⁷¹. In particolare è solo con l'art. 3 co. 1 d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 che, recependo il dettato comunitario, viene introdotta la nozione di trasferimento di azienda⁷². La disciplina previgente si limitava a regolarne le conseguenze rimandando, implicitamente, all'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in materia.

I presupposti di applicazione della disposizione sono le nozioni di “azienda” e di “trasferimento”, in relazione alle quali si possono fare alcune osservazioni.

Il trasferimento si sostanzia nel «mutamento di titolarità» dell'azienda. Di esso vengono analizzati tanto lo strumento utilizzato che il suo contenuto.

Per quanto concerne il primo l'inciso «a prescindere dalla tipologia negoziale» sembra consentire l'uso di qualsiasi fattispecie, tipica ovvero atipica⁷³. Diversamente il contenuto del negozio viene circoscritto a «cessione contrattuale o fusione», ciò che genera dubbi sulla natura tassativa o meno dell'indicazione⁷⁴. In ogni caso sembra potersi affermare che lo schema logico deve essere il seguente: al

⁷¹ Nello specifico è stata novellata da: l'art. 47 co. 3 l. 29 dicembre 1990, n. 428; l'art. 3 co. 1 d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18; l'art. 32 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

⁷² Trattasi della direttiva 98/50/CE del 29 giugno 1998.

⁷³ A tale proposito la dottrina parla di indifferenza del tipo negoziale: così MAZZOTTA O., pag. 306 e BALLESTRERO M.V., DE SIMONE G., pag. 464.

⁷⁴ Il rapporto tra il trasferimento dell'azienda e le vicende della società è delineato da NUZZO V., *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, Cedam, 2002, pag. 25 ss..

trasferimento d'azienda segue la cessione dei lavoratori. Non vale l'equazione inversa e cioè: il mantenimento dei lavoratori in seguito a subentro del datore implica sempre cessione d'azienda (o di suo ramo). In tal senso si giustificerebbe la previsione dell'art. 29 co. 3 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276⁷⁵.

L'azienda è definita come «attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità».

Quello che qui rileva è la differenza rispetto alla nozione che di azienda fornisce l'art. 2555 c.c.: «complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa». Il mancato riferimento ai beni pone il problema se possa essere trasferito anche un complesso costituito essenzialmente da personale: *id est* se il trasferimento possa sostanziarsi in cessione di sola forza lavoro⁷⁶. Ambiguo è il testo dell'art. 1 co. 1 lett. b) dir. 2001/23/CE del 12 marzo 2001, che parla di *mezzi* organizzati⁷⁷.

⁷⁵ Art. 29 co. 3 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276: «L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda»

⁷⁶ In senso positivo si veda, a livello comunitario, CGE, sentenza 6 settembre 2011, causa C-108/10, reperibile nel sito curia.europa.eu, di cui si riporta il punto 49: «[...] in determinati settori l'attività si basa essenzialmente sulla manodopera. Alla luce di ciò, un complesso strutturato di lavoratori, malgrado la mancanza di significativi elementi patrimoniali, materiali o immateriali, può corrispondere a un'entità economica ai sensi della direttiva 77/187». Per la giurisprudenza italiana si segnala Cass. 7 marzo 2013, n. 5678, reperibile in www.italgiurie.giustizia.it/sncass. In senso opposto, si veda Cass. 1 ottobre 2012, n. 16641, reperibile in www.italgiurie.giustizia.it/sncass: «[...] si configura trasferimento di azienda in tutti i casi in cui, ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio di attività economica, ne muta il titolare in virtù di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio». La questione è ampiamente affrontata da CESTER C., *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie* in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, 2005, pag. 194 ss. Si veda anche l'analisi della (seppur non recentissima) giurisprudenza comunitaria operata da SCARPONI S., *Il dialogo tra giudice comunitario e giudice nazionale alla luce della direttiva sul trasferimento d'azienda* in AA. VV., *Scritti in onore di Federico Mancini*, Giuffrè Editore, 1998, pag. 523 ss.

⁷⁷ Art. 1 co. 1 lett. b) dir. 2001/23/CE del 12 marzo 2001: «[...] 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

In realtà è ragionevole che questo possa accadere unicamente laddove sia la stessa «attività economica organizzata» ad essere costituita solo da elementi immateriali⁷⁸. Ma in tal caso, sembra, l'aporia si annida altrove e cioè nella circostanza in sé dell'inesistenza di beni: è il fatto che il valore aziendale sia dato dal solo apporto umano a richiedere, se del caso, particolari forme di tutela e si tratta di una necessità che nasce ben a monte dell'eventuale trasferimento.

Un'ulteriore questione è quella di stabilire se la disposizione richieda o meno che l'attività prosegua⁷⁹. La risposta può apparire scontata se si considera che l'art. 2112 c.c. si occupa del «mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso dei trasferimento d'azienda». Tuttavia il co. 5 della disposizione si limita a stabilire che l'attività deve mantenere la propria identità e mai stabilisce che questa deve anche, effettivamente, continuare. In caso di risposta negativa, quindi, i lavoratori conserverebbero il diritto al posto di lavoro senza poter, effettivamente, lavorare⁸⁰. Ciò che non sembra in linea con un'accezione del diritto al lavoro, improntata a Costituzione, come diritto del singolo all'esplicazione della propria personalità. Obiezioni possono essere mosse anche all'argomento che esclude la continuazione facendo leva sulla necessità di garantire al cessionario la libertà di iniziativa economica⁸¹: libertà che egli sacrifica proprio scegliendo di rendersi cessionario di un'azienda (o di un suo ramo), senza potersi smarcare dalle conseguenze che ne derivano.

2.2 Trasferimento di ramo d'azienda. La preesistenza del ramo

economica, sia essa essenziale o accessoria».

⁷⁸ Nell'ambito di un costante incremento della scienza e della conoscenza vi sono molte professioni che prescindono da elementi materiali per fondarsi sul solo apporto umano.

⁷⁹ La questione è affrontata da CESTER C., pag. 198 ss., con un'analisi delle opposte soluzioni, positiva e negativa, e delle argomentazioni addotte a loro sostegno.

⁸⁰ Soluzione accolta da CESTER C., pag. 200.

⁸¹ Così CESTER C., pag. 199.

Ai sensi dell'art. 2112 co. 5 c.c. costituisce parte dell'azienda una «articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento».

Il riferimento alla «attività economica organizzata» pone le problematiche già rilevate per il trasferimento d'azienda. Una ulteriore questione rilevante è quella che concerne il momento di individuazione dell'autonomia del ramo.

Giova ricordare, a questo proposito, che tra gli aspetti più discussi dell'intera materia vi è la possibilità che un trasferimento si presti a manovre dilatorie da parte dell'azienda. Ciò è particolarmente evidente in caso di cessione del ramo posto in essere al solo scopo di disfarsi dei lavoratori⁸². Le preoccupazioni non possono che aumentare se si considera la facoltà di individuare il ramo all'atto della cessione stessa⁸³.

Il testo attuale dell'ultimo periodo dell'art. 2112 co. 5 c.c. è frutto della novella operata dall'art. 32 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 273⁸⁴. Nel vigore della precedente disciplina, così come cristallizzata dal d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, non si ponevano dubbi in ordine alla necessità che il ramo in cessione dovesse avere una propria identità

⁸² Come si vedrà in seguito la disciplina in tema di cessione (tanto dell'azienda che di un suo ramo) garantisce ai lavoratori la conservazione del posto di lavoro anche presso il cessionario. Tuttavia ciò non toglie che essi possano essere penalizzati a causa, ad esempio, della minor solidità economica del cessionario o del fatto che, avendo questi meno di 15 dipendenti, essi non possano godere della tutela reale di cui all'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 in caso di licenziamento.

⁸³ Nel senso che la riforma del 2003 diminuisce la protezione accordata ai lavoratori VIDIRI G., *L'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 tra conferme e innovazioni* in AA. VV., *Trasferimenti di aziende ed esternalizzazioni nel diritto del lavoro (convegno organizzato dall'ABI e dal Notiziario di giurisprudenza del lavoro con l'Università "L. Bocconi")*, Bancaria Editrice, 2004, pag. 82. Molto critico anche il commento di SPAGNUOLO VIRGORITA L., RAFFI A., in LAMBERTUCCI P., *Diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, 2010, pag. 704 ss.

⁸⁴ Il testo dell'art. 2112 co. 5 c.c., ultimo periodo, nella versione anteriore alla riforma era il seguente: «le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità».

già prima del trasferimento⁸⁵. Oggi il ramo non deve preesistere al trasferimento ed, anzi, può essere definito in occasione di esso⁸⁶.

Pertanto sembra da respingere l'opinione di parte della dottrina che, nonostante la riforma, ritiene il requisito ancora necessario⁸⁷.

Secondo altri un limite al potere di cedente e cessionario deve essere ravvisato nella natura inderogabile delle previsioni dell'art. 2112 c.c.⁸⁸.

In un'ottica opposta si è anche sostenuto che il requisito della preesistenza era in realtà inutile anche quando espressamente previsto, in quanto non impediva che il ramo venisse individuato appositamente per la cessione anche poco prima di essa⁸⁹. Si tratta, a parere di chi scrive, di un'opinione criticabile poiché la creazione ad *hoc* del ramo, anche se fatta prima della cessione, non impediva di stabilirne il carattere fraudolento⁹⁰. Inoltre ogni sanzione si presta a non essere osservata ma questo non può giustificare, per ciò stesso, il fatto di non predisporla.

La conclusione per cui non è più richiesta la preesistenza del ramo si pone in linea anche con lo scopo cui il legislatore del 2003

⁸⁵ Per CIUCCIOVINO S., *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. 18/2001*, in *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di DE LUCA TAMAJO R., Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 95 «non può farsi rientrare nel campo di applicazione dell'art. 2112 l'ipotesi in cui siano cedute attività tra loro eterogenee le quali siano soltanto potenzialmente suscettibili di essere organizzate per un fine produttive, ma non siano state, prima della cessione, unitariamente utilizzate come tali dal cedente». Prima della riforma del 2001 vi era un contrasto in ordine alla necessità o meno della preesistenza del ramo, contrasto per la cui analisi si veda NUZZO V., pag. 39 ss..

⁸⁶ Secondo MARESCA A., *Il trasferimento di ramo d'azienda nei processi di esternalizzazione e appalto di servizi* in AA. VV., *Trasferimenti di aziende ed esternalizzazioni nel diritto del lavoro (convegno organizzato dall'ABI e dal Notiziario di giurisprudenza del lavoro con l'Università "L. Bocconi")*, Bancaria Editrice, 2004, pag. 44 ricade nel campo di applicazione dell'art. 2112 c.c. anche la cessione che ha ad oggetto attività create in occasione ed ai fini del trasferimento stesso.

⁸⁷ Così BALLESTRERO M. V., DE SIMONE G., pag. 472.

⁸⁸ Tra gli altri CESTER C., pag. 215 (che opina, altrimenti, anche la possibile incostituzionalità dell'attuale dettato della disposizione) e MARESCA A., pag. 43.

⁸⁹ Così NUZZO V., pag. 43.

⁹⁰ Nel senso che la disciplina previgente non si ancorasse l'autonomia funzionale ad un criterio temporale bensì all'organizzazione dell'azienda considerata nel suo complesso MARESCA A., pag. 42.

CAPITOLO III

FATTISPECIE IN LIMINE NELL'IPOTESI DI TRASFERIMENTO DI AZIENDA

1. Premessa

Come si è già detto nella realtà economica attuale molte imprese scelgono di eliminare i servizi (e quindi i costi) ritenuti superflui esternalizzandoli, vale a dire non producendoli più autonomamente bensì ricorrendo a terzi per la loro fornitura. Tale operazione pone spesso i lavoratori in una posizione deteriore rispetto quella in cui versavano in precedenza. Da qui il tentativo, sia da parte loro che, almeno parzialmente, ad opera del legislatore, di cercare margini di tutela della loro situazione.

Quell'operazione di esternalizzazione - reinternalizzazione si compone di due passaggi distinti.

Il primo consiste nell'espellere il servizio, ciò che ci riporta alla disciplina dettata dall'art. 2112 c.c..

Con il secondo l'azienda acquisisce dall'esterno il servizio di cui abbisogna e, spesso, attinge dalla stessa struttura che aveva esternalizzato. Anche in questo caso si ritorna nel campo di applicazione dell'art. 2112 c.c. e, in particolare, del suo comma 6.

La tutela del lavoratore passa per entrambi questi passaggi.

In relazione al primo essa si traduce nel tentativo, spesso vittorioso, di qualificare diversamente l'operazione commerciale realizzata da cedente e cessionario con le conseguenze di cui si dirà.

In ordine al secondo passaggio, appurato che, realmente, si tratta di cessione è necessario verificare innanzitutto se questa sia posta in essere per scopi leciti o, all'opposto, configuri violazione del divieto di interposizione illecita di manodopera ritenuto a tutt'oggi esistente

(vedi *retro*)¹⁵⁰. Una volta stabilita la natura genuina dell'operazione, infine, rimangono comunque margini di protezione, almeno in relazione alla possibilità per il prestatore di conseguire la retribuzione che gli spetta.

In questo capitolo si condurrà un'analisi di entrambe le problematiche accennate.

2. Ancora sul trasferimento di ramo d'azienda: la giurisprudenza sui presupposti

Della nozione di trasferimento di ramo di azienda e delle problematiche connesse si è già detto nel precedente capitolo. Tuttavia occorre riprendere, almeno in parte, quel discorso per analizzare alcuni dei profili più critici e le soluzioni proposte e proponibili.

L'esatto inquadramento della fattispecie negoziale che registra il trasferimento di lavoratori da un datore ad un altro non è questione secondaria. Quando la cessione della posizione lavorativa avviene fuori dall'operazione di trasferimento di ramo essa configura una cessione di contratto assoggettata non più all'art. 2112 c.c. bensì alla disciplina dell'art. 1406 c.c.. Se nel primo caso - considerato eccezionale rispetto al secondo - sono previste una serie di garanzie penetranti a tutela dei lavoratori, nel secondo quelle garanzie sono escluse ma è necessario il loro consenso al trasferimento¹⁵¹.

A questo, che è il punto di approdo della problematica, si può giungere partendo da diversi spunti. Invero la motivazione che fa da sfondo alla gran parte dei ricorsi è quella con cui si fa valere che la cessione è solo uno strumento per mascherare espulsioni di lavoratori indesiderati. Tuttavia essendo questa solo la *ratio* della

¹⁵⁰ Così MAZZOTTA O., pag. 237 ss..

¹⁵¹ Art. 1406 c.c.: «Ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta».

disciplina è necessario che i ricorsi si fondino su presupposti concreti ed inerenti il contenuto della disposizione violata.

Uno dei profili più critici è quello che attiene alla necessità o meno che il ramo preesista. Di conseguenza attorno ad esso si sviluppano molte delle doglianze dei lavoratori trasferiti.

Prima della riforma apportata all'art. 2112 co. 5 c.c. dall'art. 32 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che ha espunto dal testo il requisito della preesistenza del ramo, la giurisprudenza aveva gioco facile nel ritenere che ogni cessione di ramo mancante del presupposto configurasse una fattispecie non riconducibile allo stesso art. 2112 c.c.¹⁵². Dopo la novella del 2003, atteso che i margini di tutela connessi alla preesistenza del ramo si sono erosi, l'attenzione si è spostata sul diverso requisito dell'autonomia funzionale del ramo.

Tra le pronunce rilevanti si cita Cass. 18 marzo 2015, n. 5425 che ha visto opposti alcuni dipendenti (ceduti) di Telecom Italia Spa alla stessa azienda (nella veste di cedente) ed all'impresa Erma Servizi Spa (in qualità di cessionaria)¹⁵³. La sentenza ribadisce il principio per cui «Il criterio selettivo dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda ceduto, letto conformemente alla disciplina dell'Unione, consente di affrontare e scongiurare ipotesi in cui le operazioni di trasferimento si traducano in forme incontrollate di espulsione di

¹⁵² Così, a titolo esemplificativo, Cass. 30 settembre 2014, n. 20601 (reperibile in www.italgiure.giustizia.it/sncass) in relazione ad una fattispecie cui si applica, *ratione temporis*, la citata disciplina: «[...] per ramo d'azienda [...] deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità. Ciò presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente e non anche una struttura produttiva creata “ad hoc” in occasione del trasferimento o come tale identificata dalle parti del negozio traslativo». La pronuncia coglie a pieno la *ratio* della disciplina essendo questa finalizzata ad impedire «l'esternalizzazione come forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate fra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza del rapporto ad un ramo di azienda già costituito». Altresì, specifica Cass. 8 aprile 2011, n. 8066 che la preesistenza deve essere intesa nel senso di autonomia funzionale in atto e non solo potenziale (sentenza reperibile in www.italgiure.giustizia.it/sncass).

¹⁵³ Sentenza reperibile in www.italgiure.giustizia.it/sncass. La stessa azienda Telecom Italia Spa è stata protagonista di una vera politica di cessioni di ramo d'azienda, alle quali i lavoratori si sono sistematicamente opposti.

personale». Le pretese societarie vengono quindi respinte poiché, secondo la Cassazione, la Corte d'Appello di Roma aveva correttamente «escluso che nella fattispecie sottoposta al suo vaglio fossero emerse circostanze tali da far ritenere che nella specie fosse stata trasferita una attività organizzata “funzionalmente autonoma”». A sua volta la Corte d'Appello aveva basato questa decisione sulla circostanza che, anche dopo la cessione, il servizio ceduto era stato eseguito sia da lavoratori riconducibili alla cedente che da lavoratori riconducibili alla cessionaria.

Di analogo tenore Cass. 9 marzo 2015, n. 4672¹⁵⁴ dalla quale si evince come, a sostegno della propria pronuncia, la Corte d'Appello avesse addotto il fatto che la cedente (ancora Telecom Italia Spa) non aveva nemmeno trasferito alla cessionaria il software necessario per l'esercizio dell'attività ceduta.

Infine si può notare come la giurisprudenza tenda a non dare rilevanza dirimente alla circostanza per cui oggetto del trasferimento sia, soprattutto, forza lavoro. Così Cass. 18 ottobre 2011, n. 21484: «la scarsa consistenza di elementi patrimoniali non esclude la configurabilità della suddetta fattispecie», cioè del ramo d'azienda, «che può ricorrere anche quando l'attività si basa essenzialmente sulla manodopera, nella specie dotata di elevata capacità (anche se soltanto manuale)»¹⁵⁵.

3. Le patologie del negozio

3.1 Nullità per frode alla legge

Analizzati i presupposti che configurano o meno cessione del ramo è ora necessario analizzare i vizi che possono affliggere il

¹⁵⁴ Sentenza reperibile in www.italgiure.giustizia.it/sncass.

¹⁵⁵ Conforme la già citata Cass. 23 settembre 2014, n. 11237 (entrambe reperibili in www.italgiure.giustizia.it/sncass).

trasferimento.

E' opportuno ricordare che questo si realizza, di regola, per mezzo di un contratto. Pertanto tali vizi altro non sono se non patologie del contratto stesso.

Una prima irregolarità ipotizzabile è quella della nullità per frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.¹⁵⁶. Secondo la manualistica si ha frode alla legge quando il contratto costituisce lo strumento utilizzato dalle parti per realizzare una violazione indiretta della legge¹⁵⁷. La fattispecie negoziale è, quindi, di per sé conforme a legge mentre è *contra legem* il risultato finale che si ottiene.

L'istituto fa riferimento alla causa del contratto, vale a dire al merito dell'operazione negoziale: ciò che consente di coglierne già la difficoltà applicativa alla materia in esame. L'essenza dell'operazione esegetica è quindi questa: stabilire se e in che modo la cessione di ramo possa violare una norma imperativa.

Tra le norme imperative da prendere in considerazione vi è certamente l'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 che prevede la c.d. tutela reale per le aziende che occupano più di 15 dipendenti¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Art. 1344 c.c.: «Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa».

¹⁵⁷ Cfr. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pag. 823; TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè Editore, 2007, pag. 537.

¹⁵⁸ Art. 18 co. 4 l. 20 maggio 1970, n. 300: «Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma [...]». Art. 18 co. 8 l. 20 maggio 1970, n. 300: «Le disposizioni dei commi dal quarto al settimo si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti».

In tal caso la violazione della norma imperativa si realizza quando la cessione serve a costituire (*ex novo* ovvero mediante incorporazione in altra azienda già esistente) un'unità che, non raggiungendo il numero di dipendenti richiesto, può procedere a risoluzione del rapporto senza rischio di incorrere nella menzionata tutela.

Tale ipotesi è stata espressamente considerata dalla Cassazione con una sentenza che offre molti spunti interessanti¹⁵⁹.

Innanzitutto la pronuncia sottolinea come non si tratti di sindacare la legittimità dell'operazione di affitto dell'azienda che, per propria natura, è conforme a legge. Inoltre riconoscere la frode alla legge non implica riconoscere che «in base alla disciplina di cui all'art. 2112 c.c., al lavoratore» spetti «un diritto alla conservazione della tutela reale presso il nuovo datore di lavoro» ovvero che sussista «un divieto di un trasferimento (o affitto) di ramo di azienda da un datore di lavoro con più di 15 dipendenti ad un datore con meno di 15 dipendenti».

Si tratta, quindi, di considerazioni che operano su piani diversi di modo che una cosa è discorrere di frode alla legge perché la cessione è stata posta in essere al solo scopo di non applicare la tutela reale dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300; un'altra è sostenere che esista il diritto del lavoratore a mantenere sempre e comunque il posto di lavoro ovvero che il cessionario debba sempre avere più di 15 dipendenti.

Infine la sentenza sottolinea anche di non essere in contrasto con altra precedente pronuncia resa in materia e giunta a conclusioni opposte¹⁶⁰. Questa, infatti, avrebbe statuito muovendo proprio da quelle diverse premesse afferenti all'idea per cui la validità della cessione non può dipendere dalla previsione che l'attività proseguirà, della cui verifica, altresì, il cedente non può essere onerato.

Peraltro è opportuno sottolineare come si vada riducendo l'operatività del menzionato art. 18. Dapprima l'art. 1 co. 42 lett. a) l. 28 giugno 2012, n. 92 e, poi, il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuativo della l. 10 dicembre 2014, n. 183, c.d. Jobs Act) ne hanno limitato, infatti, il campo di applicazione.

¹⁵⁹ Cfr. Cass. 7 febbraio 2008, n. 2874 in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2008, pag. 801.

¹⁶⁰ Si tratta di Cass. 2 maggio 2006, n. 10108 in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, II, pag. 663.