

ADAPT - Scuola di alta formazione sulle relazioni industriali e di lavoro
Per iscriverti al Bollettino ADAPT [clicca qui](#)
Per entrare nella Scuola di ADAPT e nel progetto Fabbrica dei talenti
scrivi a: selezione@adapt.it

Bollettino ADAPT 1 aprile 2019, n. 13

Gli istituti dell'appalto e del trasferimento d'azienda sono ben distinti nella disciplina che il nostro ordinamento riserva loro, eppure i punti contatto fra le due fattispecie hanno da sempre presentato criticità che non sembrano sopite nemmeno a quasi tre anni dalla riforma della normativa sul cambio di appalto, l'art. 29, comma 3, d.lgs. 276/2003 di cui si dirà a breve.

L'appalto è, ai sensi dell'art. 1655 c.c., «il contratto con il 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». Emerge quindi come **i due requisiti essenziali del contratto di appalto - richiesti anche ai fini della distinzione della fattispecie dall'interposizione fittizia di manodopera - consistano nella titolarità in capo al soggetto affidatario dell'opera o del servizio sia dell'organizzazione dei mezzi necessari sia del rischio di impresa**. Quindi l'appaltatore deve assumere su di sé il rischio della gestione dell'intera attività lavorativa complessivamente valutata e tale rischio viene meno ogniqualvolta questi si limiti a mettere a disposizione del committente le mere prestazioni lavorative dei propri dipendenti, che finiscono per essere alle dipendenze effettive di quest'ultimo, il quale detta loro le direttive sul lavoro, esercitando su di essi i tipici poteri datoriali. Allo stesso modo l'appaltatore non può limitarsi a mettere a disposizione del committente una prestazione lavorativa, mantenendo la sola gestione amministrativa del rapporto di lavoro (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo (Cass. 17 febbraio 2010, n. 3681).

A norma dell'art. 2112, comma 5, c.c., invece, «**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 compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda». Al ricorrere di questa fattispecie è previsto che **il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano**, garanzie poste a tutela dei lavoratori oggetto del trasferimento.

Il punto di attrito fra le due fattispecie è stato da sempre rappresentato dal cambio di appalto, ovvero dal caso in cui si verificasse un avvicendamento nella posizione di appaltatore con "trasferimento" del personale precedentemente impiegato dall'appaltatore uscente. In passato la giurisprudenza interpretava il trasferimento d'azienda in maniera restrittiva, richiedendo per la sua applicabilità che sussistesse un rapporto contrattuale diretto fra cedente e cessionario, escludendo quindi che l'istituto potesse trovare applicazione a fronte di un cambio di appalto (così Cass. 19 gennaio 2002, n. 572; Cass. 18 marzo 1996, n. 2254). In quest'ultima ipotesi, infatti, si aveva una mera successione temporale di due diversi appaltatori nell'esecuzione della prestazione in favore del committente, senza che fra questi intercorresse alcun rapporto contrattuale.

Tale orientamento, tuttavia, era destinato a cambiare sotto la spinta della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, in applicazione della direttiva n. 77/187/CEE, non riteneva necessaria l'esistenza di alcun legame contrattuale tra cedente e cessionario. **I giudici nazionali, pertanto, affermarono che l'applicabilità della disciplina dettata dall'art. 2112 c.c. «prescinde dall'esistenza di un rapporto contrattuale tra l'imprenditore uscente e quello che subentra nella gestione dell'azienda**, assumendo rilievo, invece, la circostanza che vi sia continuità nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, restando immutati il complesso organizzato dei beni dell'impresa e l'oggetto di quest'ultima» (Cass. 27 febbraio 1998, n. 2200).

Allo stesso modo vennero ampliate le maglie interpretative della fattispecie del trasferimento d'azienda. Si iniziò infatti a riconoscere che, almeno nei settori con elevata incidenza della manodopera sul processo produttivo, costituisse un'entità autonoma organizzata,

idonea ad essere oggetto di trasferimento d'azienda, un insieme di lavoratori che, stabilmente coordinati e organizzati tra loro, nonché dotati di un particolare complesso di nozioni ed esperienze, fossero dotati di una propria capacità operativa tale da potere esercitare la medesima attività d'impresa anche presso il cessionario (Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842). Analogamente, la giurisprudenza di legittimità ebbe modo di chiarire che il requisito della preesistenza e dell'autonomia funzionale del ramo ceduto si integrano reciprocamente, dovendo quest'ultimo avere la capacità di svolgere autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario il servizio o la funzione cui esso risultava finalizzato già nell'ambito dell'impresa cedente anteriormente alla cessione (Cass. 14 aprile 2009, n. 15690). In quest'ottica, l'art. 2112 c.c. ricomprende anche la cessione di un ramo "dematerializzato" o "leggero" dell'impresa, ovvero nel quale il fattore personale sia preponderante rispetto ai beni, quando però il gruppo di lavoratori trasferiti sia dotato di un particolare know how, e cioè di un comune bagaglio di conoscenze, esperienze e capacità tecniche, tale che proprio in virtù di esso sia possibile fornire lo stesso servizio.

Ma gli slanci estensivi della giurisprudenza sul cambio di appalto trovarono una battuta d'arresto con l'intervento del legislatore a regolare questa fattispecie, con l'art. 29, comma 3, d.lgs. 276/2003. Questa disposizione, nella sua versione originaria, stabiliva che: «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». **Tale previsione consentiva pertanto di escludere che si configurasse la fattispecie del trasferimento d'azienda, né che ricorresse l'obbligo di rispettare le garanzie previste dal citato art. 2112 c.c., a fronte del subentro di un nuovo appaltatore con acquisizione (obbligata per legge o per contratto) del personale dipendente già impiegato nell'appalto.** Sul punto, cfr. da ultimo Tribunale di Velletri, sez. lav., 18 settembre 2018, n. 1166, - intervenuto ancora sull'applicazione della precedente versione del comma 3 - secondo cui «ne consegue che il passaggio di un dipendente da un'azienda ad un'altra, può avvenire in maniera diversa da quanto previsto dall'art. 2112 del c.c., senza cioè, riconoscere l'anzianità del lavoratore o la sua retribuzione o il livello d'inquadramento».

Che l'acquisizione del solo personale da parte del nuovo appaltatore non fosse ritenuta sufficiente ai fini della configurazione del trasferimento d'azienda è confermato anche da alcune pronunce di

legittimità: «il comma 3 del citato art. 29, [...] chiarisce che, **anche quando il cedente stipuli con il cessionario un contratto d'appalto per la fornitura del servizio ceduto, si può configurare una cessione di ramo d'azienda (solo) quando al trasferimento del personale si accompagni quella del complesso degli altri elementi che lo rendeva autonomamente idoneo allo svolgimento del servizio**» (Cass. 11 maggio 2016, n. 9682).

Tale interpretazione sostanzialmente derogatoria del disposto dell'art. 2112 c.c., tuttavia, si poneva in aperto contrasto con la normativa comunitaria e con l'interpretazione che ne dava la Corte di Giustizia. Si cercò quindi un'interpretazione adeguatrice che potesse salvare il nostro Paese dalla procedura di infrazione. Secondo un orientamento di merito l'art. 29, comma 3, d.lgs. 276/2003 «non può interpretarsi nel senso che in ogni ipotesi di subentro di un appaltatore a un altro deve escludersi ex se il trasferimento d'azienda, poiché [...] tale lettura sarebbe in contrasto con la normativa comunitaria, ma piuttosto nel senso che nei c.d. cambi di gestione non vi è trasferimento d'azienda per il solo fatto che vi sia "acquisizione" di personale» (Trib. Roma, sez. lav., 9 giugno 2005). Per tal via, si suggeriva di ritenere configurata la fattispecie ex art. 2112 c.c. ogniqualvolta i lavoratori acquisiti dall'appaltatore entrante, per la loro connessione organizzativa e per il possesso di particolari competenze, rappresentassero da soli un'entità economica organizzata e autonoma.

Simile tentativo, però, non bastò a salvare l'Italia dalla procedura di pre-infrazione avviata dalla Commissione Europea nel Caso "Eu Pilot 7622/15/EMPL", per violazione della direttiva n. 2001/23/CE, sostitutiva della precedente 77/187/CEE. **A rimediare al contrasto con l'ordinamento comunitario intervenne il legislatore con la l. n. 122/2016, la quale riformò l'art. 29, comma 3, dandogli la formulazione che ha ancora oggi.** La norma prevede che «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, **ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa**, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda».

Emerge chiaramente come con la novella si sia inteso ribaltare la prospettiva precedente, introducendo in negativo un elemento tipico del trasferimento d'azienda, ovvero la conservazione

dell'identità della entità economica organizzata oggetto della cessione. Solo in presenza di circostanze tali da determinare una discontinuità fra la precedente organizzazione produttiva e quella nuova si potrà escludere l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. **Quali siano però tali elementi di discontinuità non è agevole stabilirlo a priori e questo resta un nodo la cui soluzione è affidata alla discrezionalità del giudice, chiamato caso per caso a decidere se un dato cambio di appalto configuri o meno un trasferimento d'azienda.**

Alcuni primi indirizzi interpretativi permettono di affermare che la nozione di "discontinuità" sembra destinata a ricevere ristretti margini di operatività. Si è ad esempio affermato che **la mera riduzione quantitativa dell'attività oggetto del contratto tra committente e nuovo appaltatore non possa essere ricondotta a quegli "elementi di discontinuità" che escludono l'applicabilità dell'art. 2112 c.c.** (così, Tribunale di Bologna, sez. lav., 7 luglio 2017).

Interessante notare quali elementi di fatto siano stati ritenuti determinanti per ritenere integrato un trasferimento d'azienda in un caso in cui l'avvicendamento di imprese era avvenuto rispetto a un appalto di servizi in un settore *labour intensive* come quello dell'assistenza socio-sanitaria e di pulizie (il caso è tratto da Tribunale di Milano, 23 giugno 2017, n. 1236). In particolare è emerso che con la nuova gestione l'attività veniva esercitata **nei medesimi locali, avvalendosi in gran parte delle attrezzature in precedenza utilizzate e con acquisizione di una quota essenziale del personale sia per competenze che per quantità** (più del 50% di quello operante alle dipendenze del precedente appaltatore). Tale fattore organizzativo consistente nel personale è stato ritenuto dal Tribunale «un **fattore determinante in considerazione della natura dell'attività, che si fonda essenzialmente sull'organizzazione delle risorse umane utilizzate per il suo svolgimento: un gruppo di lavoratori già formato, stabilmente coordinato e in grado di esprimere capacità operative rappresenta, in tale contesto, un "valore aggiunto", ossia un bene economicamente rilevante per l'esercizio dell'impresa,** mentre, per contro, i beni materiali rivestono un rilievo del tutto marginale, che non connota in modo significativo l'organizzazione di impresa». Altro elemento risultato essenziale per l'applicazione dell'art. 2112 c.c. è stata la continuità nella gestione del servizio, resa possibile proprio grazie al fatto che il nuovo appaltatore si è avvalso della squadra di lavoro già formata ed operante alle dipendenze del precedente gestore. A nulla sono valse invece le modifiche organizzative adottate dall'azienda, consistenti in alcune variazioni dell'organizzazione di turni e

pause, nonché nell'introduzione di differenti modalità di passaggio delle consegne e di pianificazione del lavoro, l'effettuazione di ore di formazione e l'acquisto di nuovi macchinari.

In conclusione, deve affermarsi che si può avere un trasferimento d'azienda anche quando l'entità economica trasferita sia rappresentata dal solo personale, purché si tratti di «un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui autonoma capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare *know how*» (Cass. 6 dicembre 2016, n. 24972). Inoltre sembra possibile sostenere che **non si potrà ritenere ricorrente alcun elemento di discontinuità quand'anche il nuovo appaltatore abbia apportato delle modifiche organizzative che siano però tali da non incidere sull'autonomia funzionale del gruppo di lavoratori acquisito**. Come detto, tuttavia, i limiti entro i quali sia possibile ritenere intatta la continuità nell'entità economica ceduta restano di difficile determinazione, essendo necessariamente rimessi a una valutazione casistica delle concrete circostanze di fatto.

Lorenzo Maria Pelusi

Commissione di certificazione Centro Studi DEAL

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Scuola di dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro

Università degli Studi di Bergamo

 @lorempel

*Articolo pubblicato in [Bollettino certificazione DEAL - UNIMORE](#), n. 1/2019