

APPALTI, ESTERNALIZZAZIONI e TRASFERIMENTI

CONTRATTI, NORMATIVE E STRUMENTI nel settore bancario

Cap. 1 Analisi di un fenomeno: quali scenari?

Il 18 marzo il premier Renzi dichiara ““Ci sono troppi banchieri: qualcuno deve fare altro nella vita. Salteranno delle poltrone, ci saranno meno banchieri - avverte il premier al termine del Consiglio europeo - ma anche meno bancari, perché da qui a dieci anni non possiamo immaginare che ce ne siano ancora 300 mila, anche se senza licenziamenti di massa”. Per Renzi a livello europeo “tutto quello che va nella direzione della riforma delle banche popolari, che abbiamo fatto noi, è incoraggiante”.

All’inizio di maggio 2016 il Ministro Padoan, attraverso un’intervista apparsa su Repubblica, fornisce una sua sintesi sul sistema creditizio italiano rispetto all’azione di Governo “Lo scopo delle nostre riforme è: meno banche ma più solide a capaci di erogare credito a famiglie ed imprese. Però non nascondiamoci dietro ad un dito: c’è eccesso di occupazione che andrà gestito in tempi e modalità dovute. Con meccanismi che facilitano l’uscita dal lavoro dei bancari vicino alla pensione”.

Alla fine di maggio il Governatore della Banca d’Italia Ignazio Visco nelle sue considerazioni finali non pronuncia il termine licenziamento ma richiama invece la necessità di agire sulla “quantità” degli organici delle banche, manifestando la spina di un chiaro indirizzo che la Banca d’Italia vuole dare al nuovo corso degli istituti di credito. Parola d’ordine: razionalizzazione.

Se accostassimo i consistenti costi sostenuti dagli istituti di credito per l’attivazione del Fondo di solidarietà di settore (nelle ultime applicazioni utilizzato per un massimo di tre anni) alle dichiarazioni espresse dal Presidente del Consiglio, dal Ministro dell’Economia e dal Governatore di Banca d’Italia di non voler dar luogo all’applicazione delle previsioni di legge per i licenziamenti collettivi, vanno poste alcune domande che possono indirizzare anche nuovi obiettivi strategici della riorganizzazione del settore:

1. come si può immaginare l’attuazione della riduzione della popolazione bancaria avendo posto sullo sfondo obiettivi dichiarati particolarmente preoccupanti (uno studio Prometeia stimava per difetto un eccesso di 27.500 lavoratori nel settore da risolvere entro il 2018)?
2. come e con quale misura gli importanti investimenti nel campo della digitalizzazione del credito già avviati ed in fase di potenziamento, influenzeranno le scelte organizzative adottate dalle banche? E con quali ricadute in termini occupazionali?
3. il ciclo produttivo potrà essere o sarà oggetto di scomposizione a discapito delle attività classificate dalle banche *no core*?
4. quale spessore e diffusione, quindi, potrà assumere l’utilizzo di altri strumenti quali appalto, esternalizzazioni, trasferimenti e/o cessioni di azienda per raggiungere gli obiettivi immaginati?

Cap. 2 APPALTI - Strumenti previsti dal CCNL ABI

Art. 19 - Appalti

L'articolo prevede che la procedura si attivi a fronte di stipula o rinnovo di appalti, per tramite di una comunicazione motivata alle OOSS aziendali (organi di coordinamento e RSA).

La durata di tale procedura (10 giorni) è calcolata dal momento della comunicazione della decisione ed, entro 3 giorni dalla comunicazione, le OOSS possono trasferire la verifica in sede nazionale.

La negoziazione prevede temi specifici:

- livelli occupazionali
- effetti su qualifiche e mobilità
- interventi per la riqualificazione
- cambiamenti di mansioni (ove occorrono)

All'atto del stipula (o del rinnovo) del contratto di appalto, la banca deve fornire alle OOSS tutte le informazioni necessarie a verificare eventuali violazioni sulle normative contrattuali collettive, previdenziali ed antifortunistiche:

- CCNL applicato
- orari di lavoro applicati
- tabelle salariali applicate
- Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC)
- Documento Unico Valutazione Rischi di Interferenze (DUVRI)

Cap. 3 APPALTI - Strumenti di legge e quadro complessivo degli indici rivelatori della "genuinità" dell'appalto

Quando si può dire che un appalto abbia caratteristiche di "genuinità"? O meglio, quali elementi devono essere analizzati per stabilirne il livello di autenticità? Quali sono i documenti e/o le informazioni da richiedere ed ottenere dalla parte committente nell'ambito delle procedure previste dal CCNL nonché da acquisire successivamente nella fase esecutiva dell'appalto?

Organizzazione dei mezzi necessari ed esercizio del potere direttivo e organizzativo

La normativa contenuta nell'art. 29, comma primo, del D.Lgs. n. 276/2003, prevede che *«(...) il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che 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, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa».*

In prima battuta occorre evidenziare come la norma in esame sia indirizzata a differenziare l'appalto, disciplinato dall'art. 1655 del c.c., dalla somministrazione di lavoro sulla base dei due elementi distintivi:

1. dell'organizzazione dei mezzi necessari
2. dell'assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore.

In merito al primo elemento caratterizzante un appalto "genuino", si può affermare che è stato normativizzato il recente orientamento giurisprudenziale comune, secondo cui **non sarebbe necessaria** la componente materiale

nella gestione dell'appalto, soprattutto in quegli appalti di servizi a "bassa intensità organizzativa", in cui è predominante la mera organizzazione dei propri dipendenti ad opera dell'appaltatore.

Basti pensare ai servizi di natura informatica, strutturalmente privi di materiali forniti dall'appaltatore, per i quali, inoltre, è spesso difficoltoso individuare non solo l'organizzazione dei mezzi necessari, stante l'immaterialità del servizio fornito, ma anche l'esercizio del potere direttivo ed organizzativo, in virtù della natura della prestazione dedotta in contratto.

Nella realtà fattuale, pertanto, occorrerà un'indagine analitica volta alla concreta individuazione dei mezzi necessari riferibili all'appaltatore e del soggetto di volta in volta titolare del potere direttivo.

Sulla scia di quanto appena affermato, anche la Direzione generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali (ora Ministero del lavoro e delle politiche sociali) nell'interpello n. 77 del 22 ottobre 2009 affermava che «(...) *potrà ritenersi compatibile con un appalto genuino anche un'ipotesi in cui i mezzi materiali siano forniti dal soggetto che riceve il servizio, purché la responsabilità del loro utilizzo rimanga totalmente in capo all'appaltatore e purché attraverso la fornitura di tali ai sensi dell'art. 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che 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, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa*».

Il primo comma dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 pone l'accento, altresì, su una specificazione del requisito dell'organizzazione dei mezzi necessari la quale, in presenza di particolari «esigenze dell'opera o del servizio», può essere individuata anche nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nel contratto di appalto. L'esercizio concreto ed effettivo di tali poteri da parte dell'appaltatore è indice della «genuinità» dell'appalto, ossia della sua legittima corrispondenza ai parametri normativi.

Non è sempre facile, però, appurare con certezza il riconoscimento dell'esercizio di tali poteri in capo all'appaltatore, stante la frequente ingerenza dell'appaltante nello svolgimento dell'attività, in relazione alla natura del servizio o dell'opera da realizzare.

Proprio in riferimento al concetto di «servizio» dedotto in contratto, è opportuno precisare che esso può coincidere con qualsiasi fase del ciclo produttivo del committente, in quanto l'affermata autonomia, sostenuta dalla prevalente giurisprudenza in materia, non è sinonimo di totale indipendenza dal ciclo produttivo dell'appaltante, ma si riferisce ad una mera differenziazione rispetto alle fasi del ciclo produttivo principale del committente.

Tale argomentazione trova riscontro in una recente sentenza della Cassazione del 23 giugno 2008 n. 17049, secondo cui negli appalti «endoaziendali», caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività profondamente inerenti al complessivo ciclo produttivo del committente, vale a dire i citati appalti di servizi informatici, gioca un ruolo fondamentale, nella determinazione o meno della liceità dell'appalto, il riconoscimento del soggetto effettivo titolare del potere direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, con necessaria assunzione del relativo rischio, non essendo sufficiente la semplice gestione amministrativa del personale.

A ben vedere tale recente pronunciamento giurisprudenziale non fa altro che anticipare quanto statuito dalla sentenza n. 24625 del 23 novembre 2009 in commento, secondo cui «*NON è lecito l'appalto il cui oggetto consista nel mettere a disposizione del committente una prestazione lavorativa, lasciando all'appaltatore - datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (retribuzione, assegnazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione mediante le opportune sostituzioni), ma senza una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un risultato produttivo autonomo*».

Quest'ultimo inciso sottolinea l'importanza dell'esistenza di una vera organizzazione d'impresa, intesa anche in termini di forza lavorativa ed orientata alla realizzazione di un risultato autonomo, che rimane tale anche se il servizio è reso sotto una forma di coordinamento funzionale e fisiologico tra le due imprese coinvolte nell'appalto, purché non si arrivi ad un permanente inserimento del personale dell'appaltatore nella compagine aziendale del committente.

Pertanto, con riferimento all'esercizio del potere direttivo ed organizzativo nei confronti dei lavoratori – quale specificazione del requisito dell'organizzazione dei mezzi necessari in presenza di particolari esigenze dell'opera o del servizio - occorre fornire alcuni criteri pratici volti ad accertare l'effettiva gestione del personale, in relazione a:

1. modalità operative di lavoro

2. tempi di lavorazione.

In merito al primo criterio, si potrà parlare di appalto «genuino» nelle ipotesi in cui sia lo stesso appaltatore a scegliere il numero dei dipendenti necessario ad eseguire l'opera od il servizio dedotti in contratto, in virtù delle sue competenze tecnico-professionali che gli consentono di stimare le unità lavorative presumibilmente richieste per adempiere adeguatamente all'incarico assunto.

Il medesimo ragionamento potrà essere esteso anche alle ipotesi di lavoratori assenti, la cui sostituzione dovrà essere ugualmente appannaggio dell'appaltatore.

E' quest'ultimo, infatti, il soggetto in grado di valutare la professionalità del "suo" dipendente assentatosi e decidere se, nell'ottica del raggiungimento del risultato produttivo finale, sostituirlo con un altro dipendente, appartenente pur sempre alla propria compagine aziendale, in possesso delle medesime o differenti professionalità, oppure continuare l'esecuzione dell'opera o del servizio con quel deficit prestazionale venutosi a creare proprio perché magari si versa già in una fase terminale dell'appalto in cui non è indispensabile più l'apporto lavorativo di quel particolare dipendente.

Per quanto concerne, invece, il criterio inerente i tempi di lavoro, sul presupposto del citato coordinamento fisiologico-funzionale tra stazione appaltante ed appaltatore, il committente potrebbe individuare e determinare le fasce orarie di esecuzione dell'appalto, ma, ai fini di una qualificazione in termini di «genuinità» del contratto di appalto, dovrà essere sempre l'impresa appaltatrice a fissare il turn over lavorativo, selezionando i dipendenti da adibire effettivamente ad ogni turno.

Pertanto, argomentando a contrario rispetto alle indicazioni finora suggerite in tema di gestione del personale, allo scopo di attribuire al contratto di appalto il sigillo di «genuinità», se ne deduce che i dipendenti dell'appaltatore non devono essere soggetti al potere direttivo ed organizzativo dell'appaltante.

Tuttavia una parte della dottrina riconosce che tale assunto vada mitigato, stante il richiamo letterale che lo stesso art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 in esame fa alla normativa codicistica, con quanto previsto dall'art. 1662 del c.c., che disciplina il diritto di verifica e di controllo riconosciuto in capo all'appaltante nel corso di esecuzione dell'opera.

Si corre il rischio, tuttavia, che un pregnante controllo dell'appaltante, a fronte di un inconsistente potere direttivo esercitato dall'appaltatore, possa portare alla subordinazione dei lavoratori occupati nell'appalto direttamente nei confronti della stazione appaltante.

Quali sono quindi gli elementi da analizzare per delineare il livello di "genuinità" dell'appalto?

1) Qualifica di imprenditore del soggetto appaltatore

Ai fini della sussistenza di un vero e proprio contratto di appalto è indispensabile che l'oggetto dedotto in contratto sia posto in essere da un soggetto che abbia la forma e la sostanza di un'impresa, sia dal punto di vista tecnico, che economico ed organizzativo

2) Esercizio del potere direttivo del committente

La riscontrata titolarità in capo al committente del potere direttivo, tipico dell'effettivo datore di lavoro, esercitato sulla materiale esecuzione delle lavorazioni affidate allo pseudo-appaltatore, è indice rivelatore della non genuinità dell'appalto. Al fine di rendere concretamente individuabile tale indice, si segnalano alcune applicazioni pratiche desunte da numerosi pronunciamenti giurisprudenziali e riscontrabili nella prassi quotidiana, tra cui:

- la similitudine dell'orario di lavoro tra dipendenti dell'appaltatore e quelli del committente
- il pagamento delle retribuzioni dei dipendenti dell'appaltatore ad opera del committente;
- la presenza di un controllo diretto sui dipendenti dell'appaltatore da parte di preposti del committente
- la richiesta di ferie o permessi presentata dai dipendenti dell'appaltatore direttamente al committente che decide sulla loro concessione, spingendosi anche a disporre un loro eventuale licenziamento
- la valutazione degli aumenti retributivi rimessa al committente anche nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore

- la scelta del numero dei dipendenti da utilizzare rimessa al soggetto appaltante
- il controllo fiscale e contabile degli adempimenti dell'appaltatore ad opera del committente
- l'appaltante cura le relazioni sindacali dei dipendenti dell'appaltatore
- l'eventuale ridimensionamento dell'organico aziendale dell'appaltante nell'ottica di inserire stabilmente la manodopera fornita dall'appaltatore

3) Mezzi e strumenti del committente

In merito a tale indice, è opportuno sottolineare e ribadire che non si riscontra un'ipotesi di interposizione di manodopera tutte le volte in cui il committente effettui un conferimento strumentale e di capitali minimo, necessitando, invece, che tale apporto debba essere tale da rendere totalmente irrilevante il contributo organizzativo fornito dall'appaltatore. E' una valutazione questa che la giurisprudenza ha più volte ribadito con riferimento, in particolare, al settore del terziario avanzato, in cui gli appalti, specie di servizi, si realizzano con l'utilizzo specifico e doveroso di mezzi e strutture di alto valore economico di proprietà del committente. Non ricorrerà, pertanto, un'ipotesi di interposizione di manodopera nel caso in cui:

- l'appaltatore, pur essendo fornito di appositi macchinari per l'esercizio della propria attività autonoma, si avvale degli strumenti dell'appaltante, dal momento che quel particolare lavoro richiede l'uso di una specifica macchina o perché si richiede l'impiego di capitali e personale
- il committente fornisca le materie prime a garanzia della qualità del prodotto da realizzare o perché devono essere trasformate dall'appaltatore
- in presenza di contratti di appalto di servizi informatici in cui l'appaltatore esegue l'attività dedotta in contratto sulle attrezzature fornite dall'appaltante (hardware) utilizzando beni immateriali (know how).

In tutti questi casi, l'indagine dovrà indirizzarsi a verificare l'effettiva consistenza e la non marginalità dell'apporto organizzativo dell'appaltatore.

4) Qualificazione dell'attività lavorativa

Fondamentale, ai fini dell'indagine in questione, determinare la natura dell'attività lavorativa resa. Pertanto, emergerà il carattere della «genuinità» dell'appalto quando l'attività posta in essere rientra tra quelle normalmente fornite dall'appaltatore, rientranti cioè nel suo tipico oggetto sociale. La conformità del contratto di appalto alle norme in esame si deduce, inoltre, dalla temporaneità e dalla contingenza dell'opera, ed anche dall'impiego di lavoratori non inseriti stabilmente nella compagine aziendale-organizzativa dell'appaltante. Inoltre, l'appalto sarà genuino nel caso in cui i lavoratori dell'appaltatore, impiegati nell'esecuzione dell'appalto, svolgano mansioni differenti da quelle dei dipendenti del committente e nelle ipotesi in cui ci sia un'effettiva distinzione nella collocazione logistica tra le due compagini lavorative, tale da scongiurare il rischio di una commistione ed interferenza di attività. Ed infine, non si potrà considerare illecito un contratto di appalto quando la prestazione lavorativa dei dipendenti impiegati nell'esecuzione dell'attività appaltata non rientra, in maniera esclusiva, negli obiettivi socio-aziendali del committente.

5) Quantificazione ed attribuzione del corrispettivo

Il criterio della corresponsione della retribuzione dovuta è strettamente connesso all'assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore. Se, infatti, il contributo dell'appaltatore è «marginale ed insignificante», rivolto cioè solo a coprire il costo della manodopera utilizzata senza essere suffragato dal necessario potere direttivo sui dipendenti impiegati nell'appalto, questo sarà piuttosto inquadrabile nella fattispecie dell'interposizione illecita. La connessione col rischio d'impresa si riferisce ad un corrispettivo parametrato sul costo della manodopera sostenuto dallo pseudo appaltatore, e non stabilito preventivamente in maniera fissa sul risultato da raggiungere, eliminando all'origine, così, ogni possibile alea casualmente connessa alla natura del contratto. Di sicuro non

è sinonimo di genuinità dell'appalto il caso in cui è il committente in prima persona a retribuire i dipendenti dell'appaltatore, o presunti tali, tenendo conto, altresì, nella valutazione dell'importo da corrispondere, anche degli oneri previdenziali ed assicurativi connessi alle prestazioni rese. Fatte salve alcune esigenze e caratteristiche specifiche relative all'opera o al servizio dedotti in contratto, qualora il committente determinasse il corrispettivo in base alle ore o alle giornate effettivamente lavorate dai dipendenti dello pseudo-appaltatore, porrebbe in essere un'ipotesi di appalto illecito, dal momento che la retribuzione corrisposta secondo tale modalità, utilizzando il più delle volte come base di calcolo l'importo della retribuzione oraria dei propri dipendenti, violerebbe il sinallagma contrattuale che sottende al rapporto obbligatorio in termini di «compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro», ai sensi dell'art. 1655 c.c.

Cap. 4 APPALTI – Modifiche di legge

Con il via libera ai decreti sulla “depenalizzazione”, pubblicati in Gazzetta Ufficiale il 22/01/ 2016 e in vigore a partire dal 6 febbraio (Decreti Legislativi 7/2016 e 8/2016), il Governo ha ristretto l'area del penalmente rilevante trasformando da un lato alcune fattispecie in illecito amministrativo e dall'altro abrogandone altre e introducendo corrispondenti sanzioni civili pecuniarie aggiuntive rispetto al risarcimento del danno.

Sotto il primo profilo, la scelta è stata quella di introdurre una clausola di depenalizzazione che incide sulle fattispecie non presenti nel codice penale (“*Non costituiscono reato e sono soggetto a sanzione amministrativa (...) tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda*”), integrata da un nutrito elenco di materie espressamente escluse da tale ambito operativo, e accompagnata da una depenalizzazione “nominativa” relativa ad un elenco tassativo di reati contenuti nel codice penale.

Nell'area del depenalizzato, **in assenza di un'espressa esclusione**, rientrano anche le fattispecie disciplinate dall'art. 18 del D.lgs. 276/2003 punite con la sola pena pecuniaria e, in particolare, i reati (denominati di “*interposizione illecita*” dall'art. 84 co. 2 d.lgs. 276/2003) di “*appalto illecito*” e di “*distacco illecito*” (art. 18 co. 5-bis, in relazione, rispettivamente, all'art. 29 co. 1 e all'art. 30 co. 1).

L'autorità competente a ricevere il rapporto e ad irrogare la sanzione, ai sensi dell'art. 7 del Decreto, è quella prevista dalla legge che disciplina la violazione. Nel caso che ci interessa, pertanto, tale competenza sarà affidata alle Direzione Territoriale del Lavoro, ossia all'articolazione periferica del Ministero del Lavoro e delle Politiche Agricole.

Cap. 5 TRASFERIMENTI – Strumenti previsti dal CCNL ABI

Art. 17 - Ristrutturazioni e/o riorganizzazioni - Trasferimenti di azienda

La previsione dell'articolo richiama l'obbligo di informazione e consultazione a fronte di **casi di rilevanti ristrutturazioni e/o riorganizzazioni** (anche se derivanti da innovazioni tecnologiche). L'informazione scritta deve riguardare i motivi della programmata ristrutturazione e/o riorganizzazione, le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori/lavoratrici, le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi.

Prima della fase attuativa, è prevista l'attivazione della procedura di contrattazione tra impresa ed organismi sindacali aziendali, sulle ricadute sulle condizioni di lavoro del personale.

La prima fase di detta procedura, salvo diversi accordi tra le Parti, si svolge in sede aziendale e deve esaurirsi entro il termine di 15 giorni e, in assenza di accordo, possono darsi luogo ad ulteriori incontri negoziali che devono esaurirsi entro altri 30 giorni, trascorsi i quali l'impresa può attuare i provvedimenti deliberati, per la parte concernente il personale.

Nella seconda fase organismi sindacali aziendali ed impresa possono farsi assistere da rispettivi esponenti sindacali di parte.

Nella ipotesi di **trasferimento di azienda (quali fusione, concentrazione e scorporo)** si applica la disciplina di legge, a prescindere dal numero dei dipendenti delle imprese interessate.

Nel caso di **cessione del pacchetto azionario di controllo** l'impresa cedente e quella cessionaria, nonché quella ceduta, dopo la cessione medesima, gli organismi sindacali aziendali dovranno essere informati e si avvierà una immediata verifica con gli stessi allo scopo di analizzare eventuali ricadute sulle condizioni di lavoro del personale, ai fini dell'eventuale attivazione della procedura.

Indipendentemente dalle cause che hanno attivato le procedure previste le Parti dovranno astenersi da ogni iniziativa unilaterale e da ogni azione diretta.

Cap. 6 TRASFERIMENTI D'AZIENDA – Strumenti di legge

Secondo l'art. 2112 c.c, in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.

Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento.

Con le procedure di cui agli articoli 410 e 411 c.p.c. il lavoratore **può** consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario.

L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.

Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento.

Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei 3 mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui al primo comma dell'art. 2119 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 compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento¹.

¹ Il presente comma è stato così sostituito dall'art. 32, D.Lgs.n. 276 del 10/09/2003, con decorrenza dal 24.10.2003

Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 29, comma 2, del DLgs 10/09/ 2003, n. 276².

La Legge 183/2010 ha introdotto per la prima volta dei termini di decadenza per l'impugnazione della cessione del contratto avvenuta a seguito di un trasferimento d'azienda (art. 2112 c.c.).

In particolare, la nuova disciplina prevede che:

- entro 60 giorni dalla data del trasferimento d'azienda, il lavoratore deve impugnare la cessione del contratto;
- impugnata per tempo la cessione del contratto, il lavoratore ha 180 giorni per depositare il ricorso in tribunale oppure comunicare al datore di lavoro la richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato;
- in questo secondo caso, se la richiesta di conciliazione o arbitrato viene rifiutata oppure non si raggiunge l'accordo, il lavoratore ha 60 giorni per depositare il ricorso in tribunale.

Cap. 8 TRASFERIMENTO DI RAMO D'AZIENDA - I presupposti di genuinità³

I rapporti di lavoro nel trasferimento d'azienda

La disciplina del trasferimento d'azienda non rappresenta solo una tecnica di riorganizzazione dell'attività d'impresa finalizzata a regolamentare le trasformazioni della titolarità dell'impresa, ma è al tempo stesso una linea di frontiera ed un punto di equilibrio tra le insostituibili e contrapposte esigenze di tutela dei lavoratori e le necessità di trasformazione per l'attività produttiva.

In quest'ottica, sotto la spinta dell'esperienza comunitaria, normativa e giurisprudenziale, il mutamento della titolarità dell'azienda (o di parte di essa) è stato sempre più letto dal legislatore come un processo speciale, composito, concertativo, funzionale a rendere compatibili le diverse esigenze coinvolte: non solo quelle dell'azienda, ma anche quelle dei lavoratori coinvolti.

L'inderogabilità della tutela, l'identificazione dei diritti dei lavoratori ceduti, l'impossibilità di ricorrere al trasferimento al fine di occultare ipotesi di licenziamento, la tensione verso la tutela dei lavoratori sotto ogni profilo coinvolti dall'eventuale trasferimento, rappresentano peraltro l'estrinsecazione di un unico concetto di fondo: il rapporto di lavoro, ed il prestatore stesso, non possono essere degradati a semplice fattore di produzione unilateralmente alienabile dal datore di lavoro.

Le innovazioni introdotte nel 2001 apparvero subito del tutto incisive:

² Il presente articolo è stato così sostituito dall'art. 1, D.Lgs.n. 18 del 02/02/2001, con decorrenza dal 01.07.2001.

Il presente comma è stato aggiunto dall'art. 32, D.Lgs. 10.09.2003, n. 276, così come modificato dall'art. 9, D.Lgs. 06.10.2004, n. 251, con decorrenza dal 26.10.2004

“Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti, in caso di appalto di opere o di servizi, **il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto**, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento”

³ Testo estralato da una relazione del prof. Mario Meucci

- a) attenendo alla nuova nozione di trasferimento d'azienda, nel quale rientrano non solo i mutamenti di titolarità dell'intera azienda ma di singoli rami, preesistenti ed autonomi anteriormente al trasferimento
- b) implicando l'affermazione secondo cui il trasferimento non costituisce motivo di licenziamento
- c) contemplando la (invero virtuale) possibilità per il lavoratore - le cui condizioni di lavoro subiscano per effetto del trasferimento una sostanziale modifica (es. logistica, organizzativa, contrattuale, ecc.) - di dimettersi entro 3 mesi per giusta causa (con percezione cioè dell'indennità sostitutiva del preavviso)
- d) affermando il principio secondo il quale per i lavoratori che passano alle dipendenze dell'impresa incorporante si mantiene il contratto collettivo che regolava il rapporto di lavoro presso l'azienda cedente solamente nel caso in cui l'impresa cessionaria non applichi alcun contratto collettivo. In caso contrario, invece, la contrattazione collettiva dell'impresa cedente è sostituita **immediatamente e in tutto** da quella applicata nell'impresa cessionaria anche se più sfavorevole (cfr. Cass., sez. lav., 13 maggio 2011, n. 10614). In sostanza l'art. 2112 c.c. comporta l'inserimento del dipendente in una diversa realtà organizzativa e in un mutato contesto di regole normative e retributive, con l'applicazione del trattamento in atto presso il nuovo datore di lavoro quale risultante dai contratti collettivi (di vario livello: nazionale, territoriale, aziendale, ecc.) in atto presso l'acquirente al posto di quelli – **di pari livello** – applicati dal cedente.

La parità del livello contrattuale, contemplata per l'immediata sostituzione dei contratti applicati dal cedente con quelli in atto presso il cessionario, non implica affatto la garanzia per gli esternalizzati ex art. 2112 c.c. di mantenimento di eguali condizioni rispetto a quelle fruite in precedenza, potendo accadere che vi sia un peggioramento determinato giustappunto dalla sostituzione (Cass. 4 aprile 1997, n. 2955). Tale peggioramento non può però pregiudicare i diritti acquisiti dal lavoratore nel corso della precedente contrattazione (quelli, cioè, già entrati a far parte del suo patrimonio, non già le mere aspettative future).

Occorre comunque tener presente che nella prassi tale sostituzione automatica è solitamente accompagnata da intese o accordi *ad hoc*, c.d. "di armonizzazione" - realizzati solitamente per intervento delle OO.SS. - che hanno la finalità di garantire una equilibrata modulazione tra i contratti di lavoro applicati rispettivamente dal cedente e dal cessionario.

Il requisito di "genuinità" del trasferimento di rami d'azienda nell'interpretazione giurisprudenziale

In materia di trasferimento di ramo di azienda «tanto la normativa comunitaria (direttive CE nn, 98/50 e 2001/23) quanto la legislazione nazionale (art. 2112, comma quinto, cod. civ., sostituito dall'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276) perseguono il fine di evitare che il trasferimento si trasformi da semplice strumento di sostituzione del datore di lavoro in una pluralità di rapporti individuali, con altro sul quale i lavoratori possano riporre minore affidamento sul piano sia della solvibilità sia dell'attitudine a proseguire con continuità l'attività produttiva.

La direttiva del 1998 richiede, pertanto, che il ramo d'azienda oggetto del trasferimento costituisca un'entità economica con propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati per un'attività economica, essenziale o accessoria, e, analogamente, l'art. 2112, quinto comma, c.c., si riferisce alla "parte d'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata"».

Deve, quindi, trattarsi - ha affermato la Corte - di un'entità economica organizzata in modo stabile e non destinata all'esecuzione di una sola opera (cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 24 gennaio 2002, C-51/00), ovvero di un'organizzazione quale legame funzionale che renda le attività dei lavoratori interagenti e capaci di tradursi in beni o servizi determinati (Cass. 8 giugno 2009 n. 13171).

Deve dunque aderirsi, alla tesi - ripete la Cassazione - che l'art. 32 del d.lgs. n. 276/03 (emanato a seguito della legge delega n. 30/2003 che prevedeva innanzitutto il "completo adeguamento della disciplina vigente alla normativa comunitaria"), **vada innanzitutto interpretato alla luce di**

quest'ultima, la quale presuppone che l'oggetto del trasferimento costituisca un'entità economica con propria identità funzionalmente autonoma che resti conservata con il trasferimento (cfr. in particolare le direttive CE n. 98/50 e n.23/2001; quest'ultima stabilisce infatti, all' art. 1 lett. b), che: "è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria").

Ne consegue - ha rilevato la Corte - **che**, nonostante talune difformi opinioni basate sul dato letterale dell'assenza, nelle Direttive comunitarie, del concetto di "preesistenza" (pur essendo previsto quello della conservazione dell'identità), **l'entità economica trasferita deve in realtà ritenersi preesistente al trasferimento, non potendo conservarsi quel che non c'è** (cfr. sul punto Cass. 13 ottobre 2009 n. 21697). **Il concetto di preesistenza deve poi ritenersi necessariamente riferito ad una articolazione funzionalmente autonoma dell'azienda, posto che qualunque lavorazione aziendale, per poter essere ceduta, non potrebbe che preesistere al negozio traslativo, essendone il necessario oggetto contrattuale.** Tale conclusione risulta obbligata anche alla luce della legge delega n. 30/2003, considerando che essa prevedeva la sussistenza del requisito dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda al momento del suo trasferimento, **dovendosi conseguentemente ritenere non consentito attribuire unicamente alle parti imprenditoriali di individuare a quali cessioni si applichi la fondamentale garanzia di cui all'art. 2112 c.c.**, risultando peraltro arduo sostenere che competa unicamente al datore di lavoro decidere sull'applicabilità di disposizioni inderogabili a garanzia dei lavoratori.

Resta dunque assodato che quando oggetto di cessione non sia un complesso di beni e contratti funzionalmente coordinati all'esercizio almeno potenziale ad una attività di impresa, ma solo contratti di lavoro (con l'aggiunta eventuale di taluni beni strumentali non legati da un nesso organizzativo-funzionale), si è fuori dall'ipotesi di cui all'art. 2112 c.c., essendo invece applicabile l'art. 1406 c.c., che condiziona l'efficacia della cessione al consenso del contraente ceduto.

Ed invero - ha precisato la Corte - seppure può oggi ritenersi che l'autonomia funzionale del ramo di azienda ceduto non coincida con la "materialità" dello stesso (quanto a strutture, beni strumentali ed attrezzature, etc.), ma possa consistere anche in un ramo "smaterializzato" o "leggero", costituito in prevalenza da rapporti di lavoro organizzati in modo idoneo, anche potenzialmente (od al netto dei supporti generali sussistenti presso l'azienda cedente), allo svolgimento di un'attività economica, ciò non toglie che tale autonomia dell'entità ceduta debba essere obiettivamente apprezzabile, sia pur con possibili interventi integrativi imprenditoriali ad opera del cessionario, al fine di verificarne l'imprescindibile requisito comunitario della sua "conservazione".

Non può ammettersi⁴ invece che tale legame funzionale possa derivare (soggettivamente) solo dalla qualificazione fattane dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento, consentendo ai soggetti stipulanti il negozio traslativo (peraltro neppure portatori di superiori interessi pubblici o collettivi), la libera definizione della fattispecie cui la norma inderogabile si applica, e ciò in contrasto con la disciplina comunitaria in ordine all'inderogabilità dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda.

La Cassazione si è inoltre pronunciata sul fatto che: «mentre nell'ipotesi della cessione di ramo di azienda si realizza la successione legale nel rapporto di lavoro del cessionario senza bisogno del consenso dei contraenti ceduti, **nel caso della mera esternalizzazione di servizi ricorre la fattispecie della cessione dei contratti di lavoro, che richiede per il suo perfezionamento il consenso dei lavoratori ceduti⁵. Deve pertanto ritenersi operante, anche a seguito dell'art. 32 del d.lgs. n. 276/03, il principio per cui per "ramo d'azienda", ai sensi dell'art. 2112 c.c., come tale suscettibile di autonomo trasferimento riconducibile alla disciplina dettata per la cessione di azienda, deve intendersi ogni entità economica organizzata la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità - come**

⁴ Corte di Giustizia Europea 24/01/2002, causa C-51/00

⁵ Cass. 16 ottobre 2006 n. 22125; Cass. 5 marzo 2008 n. 5932

del resto previsto dalla prima parte dell'art. 32 del d.lgs. n. 276/03 - **pur potendosi individuare, nel contratto di cessione, una porzione o frazione produttiva che precedentemente era strettamente legata ai supporti logistici e materiali presenti nell'azienda cedente.**

Ciò presuppone comunque una preesistente entità produttiva funzionalmente autonoma (potendo conservarsi solo qualcosa che già esiste), e non anche una struttura produttiva creata "ad hoc" in occasione del trasferimento o come tale unicamente identificata dalle parti del negozio traslativo, essendo preclusa 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 (cfr. Cass. 9 ottobre 2009 n. 21481) e non dall'inerenza del rapporto ad una entità economica dotata di autonoma ed obiettiva funzionalità. Ne consegue che **può applicarsi la disciplina dettata dall'art. 2112 c.c. anche in caso di frazionamento e cessione di parte dello specifico settore aziendale** destinato a fornire il supporto logistico sia al ramo ceduto che all'attività della società cessionaria, **purché esso presenti, all'interno della più ampia struttura aziendale oggetto della cessione, la propria organizzazione di beni e persone al fine della fornitura di particolari servizi per il conseguimento di obiettive finalità produttive**, sicché i reciproci rapporti vengono trasferiti dal cedente al cessionario, ai sensi dell'art. 2112 c.c., senza necessità di un loro consenso».

Alla luce dei principi sopraesposti, la Suprema Corte **ha cassato la decisione di merito che aveva erroneamente affermato che** - a seguito della modifica del 5° comma dell'art. 2112 c.c., ad opera del d.lgs. n. 276/03 - **il requisito della preesistenza del ramo d'azienda (funzionalmente autonomo) rispetto al momento del trasferimento, non poteva più considerarsi sussistente nell'ordinamento positivo e pretendibile dalla lavoratrice ricorrente**, ritenendosi dalla corte di merito sufficiente la preesistenza di una "entità economica suscettibile di divenire articolazione autonoma a seguito del trasferimento, identificata come tale dalle parti".

Altro errore di motivazione è stato ravvisato dalla Cassazione nell'aver la sentenza cassata ritenuto che le eterogenee "funzioni di *reception*, guardiania, fattorinaggio, potessero costituire entità economiche potenzialmente idonee a divenire autonome...a seguito dell'identificazione operata nell'ambito della cessione" dalle stesse parti interessate, cioè in base ad opinioni meramente soggettive e non già ad un riscontro fattuale oggettivo.

Fonti informative consultate

- CCNL ABI 31/03/2015
- Decreto Legislativo 18/04/2016 n. 50
- Rivista "Diritto e Pratica del Lavoro" n.7/2010
- Decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 8 – "Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67. (GU n. 17 del 22-1-2016)"
- Decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 7 – "Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, norma dell'articolo 2, comma 3 (GU n. 17 del 22-1-2016)"
- I presupposti di genuinità del trasferimento di rami d'azienda - articolo prof. Meucci 23/4/2013