

©

PROPOSTA DI RIFORMA PER UNA EFFETTIVA TUTELA DEI LAVORATORI COINVOLTI NEI PROCESSI DI ESTERNALIZZAZIONE*

Lidia Undiemi**

15 giugno 2017

Nell'arco degli ultimi 15-20 anni il fenomeno delle esternalizzazioni (o outsourcing) ha coinvolto masse di lavoratori appartenenti ai più svariati settori produttivi, dal settore telecomunicazioni al settore bancario, dal settore metalmeccanico al settore informatico, dal settore della grande distribuzione organizzata al settore pubblico, ovvero dal settore tipico della produzione industriale di beni *materiali* al settore dei servizi *smaterializzati*.

Le esternalizzazioni – generalmente intese come affidamento ad un'altra società di un alcuni segmenti produttivi – sono riconducibili alle operazioni di cessione di azienda o di ramo di azienda e all'appalto. L'enorme bacino di lavoratori che viene trascinato in tali strategie di *business* teme che la propria esternalizzazione possa avere conseguenze negative sul proprio futuro lavorativo. Per tale ragione, una quantità via via crescente di lavoratori decide di protestare nelle piazze e di agire in giudizio per chiedere l'accertamento dell'illegittimità delle operazioni che determinano la loro condizione di lavoratori esternalizzati (illegittima applicazione del trasferimento *autonomato* senza il loro consenso *ex art.* 2112 c.c. e interposizione di manodopera ai sensi dell'art. 29 del d. lgs. n. 276/2003).

Per quanto riguarda il trasferimento del lavoratore in occasione della cessione di ramo d'azienda, la principale conseguenza è che il prestatore di lavoro viene catapultato in una realtà societaria diversa da quella di origine, che nella maggior parte dei casi riesce a sopravvivere – o comunque a garantire le condizioni economiche di cui godevano i lavoratori prima di essere ceduti – grazie alla concessione di una commessa da parte della società cedente. Al trasferimento di ramo di azienda da una società cedente ad una società cessionaria segue infatti quasi sempre un contratto di appalto, attraverso cui chi ha ceduto attività e personale riacquisisce dalla cessionaria il *risultato* delle attività precedentemente svolte all'interno.

* La proposta è stata realizzata utilizzando in parte quanto già elaborato in altre pubblicazioni e relazioni sul tema delle esternalizzazioni. Principalmente la tesi di dottorato “*La Tutela del lavoro nei processi di esternalizzazione*”; la proposta di legge sulla modifica dell'art. 2112 c.c. con relativa relazione tecnica (pubblicata su www.lidiaundiemi.it); la relazione “*Il fenomeno dei call center in Italia: contributo per una indagine conoscitiva*” realizzata in occasione di un'audizione alla Commissione Lavoro della Camera dei Deputati (versione aggiornata pubblicata su www.giuslavoristi.it); una parte del libro “*Il ricatto dei mercati*” che contiene una indagine approfondita sul fenomeno delle esternalizzazioni in Italia e nel mondo, nonché una serie di proposte di riforma tra cui parte di quelle contenute in questo documento; il recente saggio “*Trasferimento di parte d'azienda, appalti e collegamenti societari: complessità della realtà e nuove sfide interpretative*” pubblicato su *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, n. 1, 2017.

* Dottore di ricerca in Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente presso l'Università degli studi di Palermo. Consulente in materia di tutela del lavoro nei processi di outsourcing e societarizzazioni, in importanti vertenze di carattere nazionale. Autrice del libro “*Il ricatto dei mercati*” e di diverse pubblicazioni sul tema della tutela del lavoro, compresa la tesi di dottorato e il saggio sopra descritti.

Attiva sul campo a sostegno dei lavoratori esternalizzati a partire dal 2007.

Da questo momento in poi il futuro lavorativo dei dipendenti esternalizzati dipende dal mantenimento delle commesse da parte del precedente datore di lavoro, il quale anche solo per ragioni di pura convenienza economica può decidere di iniziare a giocare al ribasso del costo del lavoro imponendo un calo del corrispettivo dell'appalto. Se i lavoratori non accettano le "nuove" condizioni, si paventa il rischio del trasferimento dell'appalto in altre società che possano garantire lavoratori a più basso costo. Per questo motivo, i lavoratori sono quasi sempre costretti ad accettare le richieste di parte imprenditoriale, talora coincidenti con significative riduzioni degli stipendi, sino all'ipotesi più estrema dei licenziamenti.

Talvolta i lavoratori non vengono esternalizzati dalla società appaltante, ma vengono assunti direttamente dall'appaltatore, subendo comunque, in regime di appalto, gli stessi rischi e le stesse pressioni di coloro che prima di divenire lavoratori "in appalto" vengono ceduti con il trasferimento di ramo d'azienda.

L'outsourcing consente al committente di sganciare il più possibile i salari dalla produttività e dal profitto. Se l'imprenditore veste i panni del datore di lavoro la verifica dell'effettiva sussistenza delle contrazioni economiche che giustificano i tagli è più agevole per i lavoratori e per i sindacati. Se l'imprenditore assume la veste di committente, esso non è tenuto a giustificare la pretesa di ridurre il corrispettivo dell'appalto (da cui consegue la crisi occupazionale dell'appaltatore), ben potendo imporla a prescindere da una crisi di settore.

Proposte di riforma

Il conflitto sociale che emerge da queste dinamiche di mercato è allarmante, ed è impensabile che debba essere la magistratura del lavoro a dovere occuparsi di ripristinare la giustizia *sociale* per un fenomeno politico di così ampia portata.

Affinchè i lavoratori possano godere di effettive tutele e non essere vittime di un *abuso* delle esternalizzazioni per scopi di riduzione del costo del lavoro, si individuano tre ambiti di intervento di carattere normativo.

Gli interventi proposti riguardano il trasferimento di ramo d'azienda ex art. 2112 c.c., la tutela del lavoro negli appalti e le collaborazioni *precarie*.

Introduzione del diritto di opposizione al trasferimento di ramo d'azienda

Riguardo all'art. 2112 c.c., si reputa assolutamente necessario **introdurre il diritto di opposizione dei singoli lavoratori al trasferimento** del proprio rapporto di lavoro in conseguenza di una cessione di attività (si veda l'Allegato 1 contenente la proposta di legge).

Il fatto che i lavoratori non possano rifiutarsi di essere trasferiti facilita la moltiplicazione di società «contenitori di manodopera», di trasferimenti di fatto finalizzati all'espulsione del personale e del susseguirsi nell'arco di breve tempo di contratti di appalto al ribasso del costo del lavoro. Tutti questi

fenomeni potrebbero essere facilmente ridimensionati consentendo al lavoratore di potere essere ceduto solo con il suo consenso.

Il paradosso è che l'art. 2112 del codice civile, da cui si ricava l'obbligo del trasferimento automatico del lavoratore – in deroga al principio dell'art. 1406 che, per i contratti in generale, vincola il trasferimento al consenso del contraente ceduto –, è una norma che è stata pensata per tutelare i lavoratori, in quanto obbliga il nuovo datore a mantenere i diritti acquisiti. Il *cavillo* del trasferimento automatico in società *precarie* vanifica lo scopo della norma e, siccome il lavoratore ne è cosciente, si rivolge al giudice per chiederne la disapplicazione e rientrare nella grande azienda. Questo può accadere quando in sede di giudizio si accerta che il ramo d'azienda è privo dei requisiti sanciti dalla norma, ossia la *preesistenza* e l'autonomia funzionale.

Basterebbe censire la montagna di vertenze legali che sono state intraprese dai lavoratori per capire che la disposizione del trasferimento senza consenso è assolutamente insostenibile.

Introduzione di una presunzione di appalto di manodopera

Per quanto concerne il tema dell'appalto, difficilmente la tutela può passare attraverso la previsione di vincoli normativi finalizzati ad evitare che si possa giocare al ribasso del costo del lavoro. Le motivazioni sono molteplici. Anzitutto vi è per le aziende un'ampia possibilità di utilizzare contratti *precarie*, intendendo per tali anche il contratto a tutele crescenti previsto nel Jobs Act con cui il lavoro a tempo indeterminato è stato privato di una tutela reale efficace (art. 18), con la conseguenza che il posto di lavoro adesso è sempre *instabile* e quindi il salario è destinato ad essere maggiormente esposto alle richieste di tagli da parte del datore di lavoro. Le aziende tenderanno a sostituire con una certa frenesia lavoratori con maggiori tutele con lavoratori con minori tutele.

Essendo l'appalto un contratto commerciale, la fissazione del corrispettivo rientra nella libertà contrattuale delle parti che lo pongono in essere, quindi “clausole di salvaguardia” nel passaggio da un appalto all'altro, ovvero nell'ipotesi di sub-appalto, verrebbero facilmente aggirate con un taglio del corrispettivo che giustifica l'esigenza dell'appaltatore di *razionalizzare*, in un modo o nell'altro, il costo del lavoro. Ciò può accadere a maggior ragione nei cambi d'appalto.

A ciò si aggiunga che quando la cessione di attività, cui segue l'appalto, viene realizzata da un settore per cui il CCNL prevede condizioni più favorevoli ad un altro che risulta sotto questo punto di vista più debole, l'abbassamento delle tutele diviene inevitabile.

Un altro efficace intervento normativo per evitare che i lavoratori siano facilmente esposti ad un utilizzo *abusivo* delle esternalizzazioni potrebbe essere quello riguardante la **(re)introduzione della presunzione di illegittimità dell'appalto** in caso di utilizzo di mezzi – compresi gli strumenti di lavoro informatici come software applicativi che vincolano e proceduralizzano l'attività svolta dai lavoratori – dell'appaltante anche qualora questo eserciti il potere di controllo societario (si veda l'Allegato 2 contenente la proposta di legge).

Nell'ambito di tale fenomeno, è necessario sfatare il mito del *labour intensive*. Con il progredire dell'innovazione tecnologica, ed in particolare con l'informatizzazione delle fasi di lavorazione di carattere tecnico-amministrativo, le grandi imprese riescono ad attuare esternalizzazioni di attività a prevalente impiego di prestazioni di lavoro soltanto apparentemente riconducibili al *labour intensive*.

Al giorno d'oggi la maggior parte delle attività impiegate di tipo amministrativo vengono svolte dai dipendenti mediante l'uso di software applicativi, che rappresentano i principali strumenti di lavoro, così come potrebbero essere certi macchinari per gli operai. In tali casi, i software applicativi proceduralizzano e standardizzano le attività secondo schemi di lavorazione prestabiliti dal committente, che ne è proprietario e che può gestirli ed organizzarli nell'esercizio del proprio potere imprenditoriale. Di conseguenza, le attività amministrative “smaterializzate” che presentano tali caratteristiche non possono essere considerate *labour intensive* per il semplice fatto che l'impresa esternalizzante trattiene i principali mezzi di produzione indispensabili per l'economia dell'appalto¹.

Quando l'imprenditore trattiene a sé i mezzi e l'organizzazione produttiva cui vengono addetti, seppur “a distanza”, i lavoratori esternalizzati, realizzare cambi d'appalto diviene un gioco commerciale sin troppo facile, ed i lavoratori passerebbero da una società ad un'altra anche nell'arco di brevissimo tempo, come pedine impazzite continuamente costrette a subire lo stress del cambio di datore di lavoro e delle continue trattative.

Una recente giurisprudenza² in materia di trasferimento di ramo d'azienda, nel valutare l'autonomia funzionale della parte di attività oggetto di cessione, considera il mancato trasferimento dei software applicativi cui sono addetti i lavoratori esternalizzati un elemento importante ai fini dell'accertamento dell'illegittimità dell'operazione, poiché senza questi strumenti l'attività ceduta non può essere autonoma rispetto al potere organizzativo rimasto, per questo ed altri motivi, in capo al cedente.

Si pensi al famoso caso della cessione del ramo delle attività amministrative di “Back Office” attuato dalla Banca Monte dei Paschi di Siena. Il Tribunale di Siena (n. 47/2015), che si è pronunciato sulla cessione dichiarandola illegittima, ha così motivato: «...*tutti i fattori produttivi, umani, immateriali e materiali, necessariamente concorrono a identificare l'organizzazione aziendale, e in particolare i beni immateriali costituiscono un elemento indispensabile per rendere il complesso di beni e personale ceduto una articolazione, non solo preesistente, ma soprattutto funzionalmente autonoma, ossia di in grado fornire i servizi esternalizzati*».

Tali conclusioni possono essere trasposte al fenomeno dell'appalto, in quanto il concetto di *autonomia funzionale* richiama quello di *autonomia imprenditoriale* di cui dovrebbe essere dotato il cessionario che diviene appaltatore.

Più in generale, ossia anche quando si tratti di attività non ad alto contenuto tecnologico come quelle

¹ Cfr. Lidia Undiemi, *Trasferimento di parte di azienda, appalti e collegamenti societari: complessità della realtà e nuove sfide interpretative*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, Giappichelli n. 1, 2017.

² Cfr., fra tante, Cass., sez. lav., 21 novembre 2012, n. 20422, in *Arg. dir. lav.*, 2011; nonché Cass., sez. lav., 8 maggio 2014, n. 9949, Cass., sez. lav., 27 maggio 2014, n. 11832, in *Massimario.it*, entrambe richiamate nella sentenza in commento. Per la giurisprudenza di merito, App. Napoli, sez. lav., 14 febbraio 2013, n. 1238, Trib. Pisa, n. 69/2009, Trib. Venezia, n. 576/2006.

appena discusse, vi è la necessità di ripristinare il requisito della presunzione per arginare l'uso distorto dello strumento dell'appalto, poiché l'eccessiva flessibilità riconosciuta alle imprese – specialmente a quelle di grandi dimensioni che fanno largo uso dello strumento – nel *vendere* il personale si è trasformato, come già accennato, in una vera e propria emergenza sociale.

Tuttavia, considerato che esistono altri ambiti di attività in cui la tecnologia svolge un ruolo meno importante per l'economia dei beni e dei servizi esternalizzati, e visto inoltre che si tratta di assetti organizzativi in corso di evoluzione, si propone di introdurre una *presunzione relativa* e non assoluta, ossia che ammette la prova contraria.

Un altro fenomeno che viene invero poco considerato nonostante sia ampiamente diffuso consiste nell'utilizzo di società controllate – talvolta costituite *ad hoc* in occasione dell'esternalizzazione (cosiddette *newco*) – cui vengono destinate le attività ed il personale. La *newco* può essere costituita dallo stesso cedente-appaltante, ed in tal caso si crea una situazione paradossale a discapito dei lavoratori ceduti-appaltati, poiché con la cessione l'appaltante si libera delle responsabilità datoriali nei confronti dei dipendenti trasferiti, ma continua a mantenere la direzione dell'attività ceduta-appaltata attraverso il controllo societario sulla cessionaria-appaltatrice. Per ragioni di completezza si specifica inoltre che la *newco* può anche essere controllata dalla società – generalmente una grande realtà imprenditoriale – che contratta la cessione e/o l'appalto con il cedente-appaltante, salvo poi utilizzare la *newco* come «contenitore» di obblighi tipicamente datoriali inerenti i rapporti di lavoro esternalizzati. In altre parole, la società controllante contratta, la *newco* assume. Questo perché l'ordinamento giuslavoristico italiano non prevede alcuna responsabilità di natura datoriale diretta delle società controllanti nei confronti dei lavoratori delle società controllate.

Si propone pertanto di considerare come elemento che integra la presunzione di appalto di mere prestazioni di lavoro il controllo societario esercitato dall'appaltante nei confronti dell'appaltatore.

Divieto di utilizzo di collaborazioni precarie per l'esecuzione delle attività oggetto di appalto

Un altro strumento che le società appaltatrici utilizzano per poter disporre di lavoratori a basso costo è il ricorso alle **collaborazioni parasubordinate** (le «collaborazioni coordinate e continuative» ai sensi dell'art. 409 c.p.c., e le «collaborazioni organizzate dal committente» previste dal d. lgs. n. 81/2015) per potere svolgere le lavorazioni in appalto³.

Una simile possibilità dovrebbe essere vietata (si veda l'Allegato 2 contenente la proposta di legge) perché non solo aumenta le condizioni precarie dei lavoratori ma non giustificerebbe l'esistenza stessa dell'appalto, in quanto se l'appaltatore non può esercitare il potere di direzione e di controllo sui lavoratori addetti alla realizzazione dell'oggetto dell'appalto – visto che sono collaboratori e non lavoratori subordinati – significa ammettere che non può possedere uno dei requisiti richiesti dalla legge

³ Analisi tecnica di tale problematica contenuta nella tesi di dottorato “*La Tutela del lavoro nei processi di esternalizzazione*” poi riportata nel libro “*Il ricatto dei mercati?*”.

affinchè l'appalto sia considerato *genuino* sotto il profilo lavoristico, ossia l'esercizio del potere organizzativo-direttivo sui mezzi e sul personale impiegati nell'esecuzione del “cuore” (oggetto) dell'appalto.

Sull'importanza della etero-direzione del lavoro in capo all'appaltatore, la giurisprudenza – seppur sul fronte del rapporto con l'organizzazione dell'appaltante ma il principio è identico – chiarisce perfettamente la questione. Così la Cassazione (n. 7034/2011): *«verificare che l'appalto venga concluso con un soggetto dotato di una propria ed effettiva organizzazione, occorrendo accertare, in primo luogo, se, a termini di contratto, la prestazione lavorativa debba essere resa nell'ambito di un'organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, in quanto finalizzata ad un autonomo risultato produttivo e, all'esito positivo di tale indagine, la concreta esecuzione del contratto e, quindi, l'esistenza, anche in fatto, dell'autonomia gestionale dell'appaltatore esplicata nella conduzione aziendale, **nella direzione del personale**, nella scelta delle modalità e dei tempi di lavoro».*

Certo, qualcuno potrebbe obiettare che le nuove *«collaborazioni organizzate dal committente ... si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro»* (comma 1, art. 2, d. lgs. n. 81/2015), ma dovrebbe comunque spiegare in cosa consista allora la differenza con il lavoro subordinato.

Se proprio si vuole scendere sul piano della differenza terminologica *immaginary* tra etero-direzione della prestazione di lavoro ed etero-organizzazione della prestazione di lavoro, ci si dovrebbe preoccupare, infatti, di capire quale sia effettivamente la differenza tra collaborazione e subordinazione, ma anche tra collaborazioni coordinate e continuative e collaborazioni organizzate dal committente.

Ad ogni modo, la Cassazione in materia di interposizione di manodopera si riferisce alla etero-direzione, dunque se i lavoratori non sono assunti con un contratto di lavoro subordinato l'appaltatore non dovrebbe essere considerato un *vero* imprenditore ma un mero interposto.

Quel che è certo è che una previsione normativa di questo tipo finisce con il favorire l'utilizzo di prestazioni “ai limiti della subordinazione” (quindi subordinate) con la possibilità di derogare alle tutele economiche e normative previste per i lavoratori (giuridicamente) subordinati.

E' vero che la legge riconosce a questi collaboratori *ibridi* l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, ma è altrettanto vero che questa disposizione può essere non applicata se vengono stipulati accordi con le *«associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore»* (comma 2).

Il risultato è che anche in ipotesi di appalto, tale eccezione può favorire una ulteriore possibilità per le aziende di abbattere ancor di più il costo del lavoro a scapito dei lavoratori.

ALLEGATO 1

Introduzione del diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento di ramo d'azienda

Una proposta di questo tipo è stata formulata nel 2007 da alcuni parlamentari.⁴ Pur condividendone l'intento, si è ritenuto che la sua formulazione necessitasse di qualche modifica.

La proposta è la seguente⁵:

(co. Aggiunto Ferma restando la previsione di cui al co. 1 del presente articolo, al lavoratore è riconosciuto il diritto a opporsi al trasferimento automatico del proprio rapporto di lavoro in favore del cessionario e di rimanere conseguentemente alle dipendenze del cedente. Il lavoratore può esercitare questo diritto di opposizione al trasferimento automatico del proprio rapporto di lavoro entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione scritta da parte del cedente, contenente l'intenzione di attuare il trasferimento di attività in favore del cessionario, comprese tutte le informazioni utili riguardanti il trasferimento per consentire al lavoratore di valutare l'opportunità di esercitare tale diritto di opposizione.

Gli aspetti più delicati relativi alla modifica in questione riguardano la compatibilità con la **direttiva comunitaria** cui si riferisce la norma e l'estensione dell'**informativa sindacale** prevista dall'art. 47 della l. n. 428/1990 ai singoli lavoratori interessati al trasferimento. L'art. 2112 c.c. stabilisce che in caso di trasferimento «*il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano*» (co. 1).

La previsione di cui all'art. 2112 c.c. è espressione del principio comunitario in base al quale «*i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, inconseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario*» (art. 3, primo co., lett. b), dir. n. 2001/23/CE).

La Corte di Giustizia europea ha affermato che la regola prevista dal primo co. dell'art. 3 della direttiva deve essere interpretata nel senso che, in caso di trasferimento, il contratto di lavoro si trasferisce al subentrante senza necessità del consenso del dipendente, dei rappresentanti sindacali del lavoratore, o del cedente o del cessionario e con la regola imperativa che non può essere derogata in senso sfavorevole ai lavoratori. La Corte ha inoltre affermato che questa disposizione, tuttavia, consente al dipendente di rifiutare che il suo contratto di lavoro sia trasferito al cessionario, ed in questo caso la situazione del lavoratore dipende dalla normativa di ogni stato membro: o il contratto può essere

⁴ Proposta di legge di iniziativa di Bugio, Zipponi, Pagliarini, Ferrara, Rocchi, Provera, De Cristofaro, *Modifiche all'articolo 2112 del codice civile in materia di mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda*, 14 febbraio 2007, disponibile sul sito della Camera dei Deputati.

⁵ E' l'ultima versione contenuta nel libro "Il ricatto dei mercati", cit.

considerato risolto, nell'impresa cedente, su domanda del datore di lavoro o su domanda del dipendente, o il contratto può continuare con tale impresa⁶.

La legge italiana non disciplina espressamente il diritto di opposizione. L'art. 2112 c.c. prevede solo che il lavoratore «*le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le dimissioni con gli effetti di cui all'art. 2119, co. 1*» (co. 4).

In sostanza, sulla base dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia europea, il lavoratore può rifiutare il passaggio alle dipendenze del nuovo imprenditore, dipenderà poi dalla normativa di ogni stato membro stabilire le conseguenze connesse a questo rifiuto.

Ora, poiché, come già accennato, la disciplina nazionale non regola espressamente il diritto di opposizione, le conclusioni devono trarsi per via interpretativa⁷.

Secondo l'orientamento prevalente il rifiuto del dipendente va considerato come dimissioni, per le quali egli è tenuto a dare il preavviso, a meno che non sia configurabile una giusta causa. In questi termini, l'art. 2112 c.c. rappresenta una deroga rispetto al principio civilistico sancito dall'art. 1406 c.c. che attribuisce valore decisivo al consenso del contraente ceduto.

Altri autori hanno invece sostenuto che, almeno nei casi in cui il trasferimento abbia ad oggetto un ramo di azienda, il lavoratore avrebbe diritto ad opporsi al passaggio alle dipendenze del cessionario, mantenendo il rapporto con il cedente.

Nella giurisprudenza italiana, soltanto un orientamento minoritario ammette la possibilità per il lavoratore di esercitare il diritto di opposizione al trasferimento⁸.

Tralasciando in questa relazione gli approfondimenti relativi alle diverse impostazioni interpretative, si reputa necessario argomentare la scelta di quegli autori che sostengono la possibilità per il lavoratore di potersi opporre al trasferimento di ramo di azienda, e non quindi al trasferimento dell'azienda nel suo complesso.

Le ragioni sono condivisibili in quanto nel caso di trasferimento dell'intera azienda, la regola della continuità (senza possibilità di potere rimanere alle dipendenze del cedente) è giustificata dalla non modificazione dell'organizzazione produttiva nella quale il lavoratore è inserito, ed alla quale egli risulta legato.

Nel caso in cui il trasferimento abbia invece ad oggetto solo parte di azienda, l'assetto organizzativo potrebbe subire un'alterazione tale da consentire al cedente l'utilizzo distorto e illegittimo dell'art. 2112 per realizzare forme illegittime di espulsione del personale. Questo specie nei casi in cui l'attività trasferita è sostanzialmente composta da lavoratori.

⁶ Cgce 24.01.2002, *Temco*, causa C - 51/00; Cgce 16.12.1992, *Katsikas*, cause riunite C - 132/91, C - 138/91, C - 139/91; Cgce 07.03.1996, *Mercx*, cause riunite C - 171/94, C - 172/94; Cgce 12.11.1998, *Europièces*, causa C - 399/96.

⁷ Per approfondimenti relativi a tale questione si veda: M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, op. cit., p. 73 ss; V. SPEZIALE, *Opinioni sul trasferimento di azienda*, op. cit., p. 730 ss.

⁸ Pret. Milano, 14.5.1999 n. 1102.

ALLEGATO 2

Introduzione della presunzione relativa di illegittimità dell'appalto in caso di utilizzo di mezzi – compresi gli strumenti di lavoro informatici come *software* applicativi che vincolano e proceduralizzano l'attività svolta dai lavoratori esternalizzati – dell'appaltante anche qualora questo eserciti il potere di controllo societario

Com'è noto, una presunzione assoluta di illiceità dell'appalto era già prevista dalla l. n. 1369/1960: «*E' considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante*» (comma 3).

L'abrogazione della legge, sostituita con le disposizioni contenute nel d. lgs. 276/2003, in particolare nell'art. 29, ha comportato l'eliminazione di tale presunzione assoluta, già attenuata dalla giurisprudenza per i casi cosiddetti *labour intensive*, cioè attività che richiedono un utilizzo prevalente di prestazioni di lavoro.

Nel caso di accertamento giudiziale dell'interposizione di manodopera, l'introduzione di una presunzione (relativa) che ammette prova contraria comporterebbe una inversione dell'onere della prova, che attualmente è a carico dei lavoratori che ricorrono in giudizio per chiederne la verifica.

Sul fronte dei rapporti di controllo societario tra appaltante e appaltatore, ci si riferisce all'attività di direzione e di coordinamento di società, così come disciplinato agli art. 2497 c.c. e successivi, e, per derivazione, al controllo di società così come definito nell'art. 2359 c.c.

La modifica normativa andrebbe inserita nell'art. 29 del d. lgs. 276/2003:

(*co. Aggiunto* Salvo prova contraria, è considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto ove l'appaltatore utilizzi mezzi – compresi gli strumenti di lavoro informatici come *software* applicativi che vincolano e proceduralizzano l'attività svolta dai lavoratori addetti – di proprietà dell'appaltante o comunque soggetti al suo potere direttivo-organizzativo. Sempre salvo prova contraria, integra la fattispecie di appalto di mere prestazioni di lavoro l'esercizio da parte dell'appaltante, o di sue società collegate, dell'attività di direzione e coordinamento ai sensi degli art. 2497 e successivi del codice civile.

Sempre nel suddetto art. 29 si potrebbe inserire il divieto di utilizzo delle collaborazioni coordinate e continuative per l'esecuzione delle attività oggetto di appalto:

(*co. Aggiunto* E' vietato l'utilizzo delle collaborazioni coordinate e continuative ai sensi dall'art. 409 c.p.c. e delle collaborazioni organizzate dal committente ai sensi dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 per

l'esecuzione delle lavorazioni che costituiscono l'oggetto principale dell'appalto.
