

ALL'INTERNO

Collaborazioni coordinate e continuative e lavoro autonomo professionale: alcune differenze sul piano pratico
Federica Capponi, p. 2

Attività lavorativa di natura amministrativa: (in)compatibilità con la tipologia contrattuale della collaborazione coordinata e continuativa
Irene Tagliabue, p. 4

Il punto sulla giurisprudenza in tema di trasferimento di ramo d'azienda
Lorenzo Maria Pelusi, p. 5

Subappalto e subaffidamento nei lavori pubblici: interpretazione e criticità dell'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016
Giovanni Pigliarmi, p. 9

DOCUMENTI

p. 12

I dati 2019 della Commissione di certificazione DEAL del Dipartimento di Economia "Marco Biagi" di Modena



Giada Benincasa

Con il cambiamento del mercato del lavoro, e l'aumento del numero delle partite IVA ([l'Osservatorio sulle partite IVA a cura del MEF](#) registra un incremento del 5,7% nel terzo trimestre del 2019), anche **i contratti oggetto della procedura di certificazione segnalano un mutamento significativo.**

Questa l'esperienza, nell'anno 2019, della Commissione di certificazione del Centro Studi Internazionali e Comparati DEAL (Diritto Economia Ambiente Lavoro) del Dipartimento di Economia "Marco Biagi" dell'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia.

Dall'analisi condotta sui dati del 2019, infatti, su un totale di **1917 istanze di certificazione ricevute** dal 1 gennaio 2019 ad oggi, ben **426 sono contratti di lavoro autonomo: tale fattore rappresenta un elemento di forte innovazione**, soprattutto se comparato con i dati degli scorsi anni, in cui abbiamo registrato – a mero titolo esemplificativo nel [2016](#) - un solo contratto di lavoro autonomo).

Un andamento costante viene invece riscontrato nell'ambito della

certificazione dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa, che continua a rimanere il gruppo più consistente di istanze pervenute (**1375**): tali procedure possono avere ad oggetto la certificazione del contratto (654) o la certificazione della assenza dei requisiti di cui all'art. 2 comma 1 del D. Lgs. 81/2015 (711).

In aumento sembrano essere anche i contratti (principalmente di subappalto) avente ad oggetto l'esecuzione della attività lavorativa in spazi confinati e/o sospetti di inquinamento (111), la cui certificazione è prevista dal D.P.R. n. 177 del 2011: tra le varie tipologie contrattuali sottoposte al vaglio dell'attività certificatoria riscontriamo anche accordi di distacco e un contratto di lavoro autonomo.

Un altro dato interessante che rappresenta un elemento di novità per l'attività della Commissione di certificazione DEAL-UNIMORE, è quello inerente alla procedura di certificazione dei contratti di apprendistato professionalizzante (8). Tra le tipologie di atti sottoposti alla procedura di certificazione registriamo altresì **contratti di**

appalto, contratti a tempo determinato, borse lavoro e transazioni e rinunzie (certificabili ai sensi dell'art. 82 del D.lgs. n. 276/2003).

Infine, oltre alla più nota e conosciuta attività di certificazione dei contratti, la Commissione di certifi-

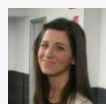
cazione DEAL-UNIMORE, **tramite lo studio, la ricerca e l'approfondimento di casistiche complesse e innovative, offre un servizio di consulenza progettuale teso al miglioramento quotidiano del mondo del lavoro.** In questo numero vi proponiamo l'approfondimento di alcune casistiche

inerenti al tema dei contratti di lavoro autonomo, delle collaborazioni coordinate e continuative, del trasferimento di ramo d'azienda e del subappalto e subaffidamento nei lavori pubblici.

 @BenincasaGiada

IN EVIDENZA

Collaborazioni coordinate e continuative e lavoro autonomo professionale: alcune differenze sul piano pratico



Federica Capponi

Le nuove tecnologie e i nuovi modi di lavorare stanno rendendo il lavoro autonomo un'opzione sempre più rispondente alle esigenze delle aziende. Si è soliti inquadrare il lavoro autonomo tra le forme di esternalizzazione delle prestazioni lavorative della azienda al pari dell'appalto. Tuttavia, mentre nell'appalto, ai sensi degli articoli 1655 c.c. e 29 del d.lgs. n. 276/2003, la realizzazione di un'opera è affidata ad un imprenditore (si ricordano in proposito i molti interventi a cura del centro studi DEAL in merito a quest'ultima tipologia contrattuale, da ultimo si veda M. Cibin, Appalto o somministrazione? Bol-

lettino della Commissione di certificazione DEAL- UNIMORE, n. 3/2019), nel caso del lavoro autonomo il professionista è incaricato di una attività che svolge in modo prevalentemente personale (dunque ricorrendo solo in modo limitato all'ausilio di strumenti e collaboratori) e con modalità che talvolta denotano un inserimento nella organizzazione aziendale del committente. Più precisamente, ai sensi dell'art. 2222 c.c., si ha un rapporto di lavoro autonomo «quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordi-

nazione nei confronti del committente». La disciplina del lavoro autonomo, in realtà, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, risulta essere piuttosto scarna, tuttavia è possibile individuare tre principali forme di lavoro autonomo: il lavoro autonomo professionale e il lavoro autonomo occasionale, entrambi riconducibili alla disciplina di cui agli articoli 2222 c.c. e seguenti e la collaborazione coordinata e continuativa ex art. 409, n. 3 c.p.c. In questa sede ci si soffermerà sul lavoro autonomo professionale e sulle collaborazioni coordinate e continuative al fine di comprendere le distinzioni esistenti tra le due fattispecie.

Una norma processuale fornisce

la nozione di collaborazione coordinata e continuativa. In particolare, secondo l'art. 409 n. 3, c.p.c., come integrato dall'art. 15 della l. n. 81/2017, sono tali i «rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato». Inoltre la disposizione chiarisce che «la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa». **Dalla interpretazione autentica di collaborazione coordinata e continuativa fornita dal legislatore tramite l'art. 15 della l. n. 81/2017 deriva dunque la necessità di concordare all'interno del contratto le modalità di coordinamento tra le parti.** Secondo parte della dottrina, il coordinamento, tanto nel contratto di prestazione d'opera quanto in quello di collaborazione coordinata e continuativa, rappresenta il momento necessario per dare concreta attuazione a quanto previsto dall'art. 2224 c.c. (relativo alla diligenza del prestatore nella esecuzione della prestazione d'opera o di servizio) ed attiene esclusivamente alle «condizioni esterne di esecuzione dell'opera» (A. Perulli, *Il jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 341/2017, p. 17), dunque si ritiene ammissibile che forme di

coordinamento con il committente sussistano anche in rapporti di lavoro autonomo ex art. 2222 c.c. Anche la collaborazione coordinata e continuativa è ascrivibile all'alveo del lavoro autonomo, tuttavia, in ragione del particolare collegamento con l'organizzazione della committente, derivante dalla continuità della prestazione, essa riceve una particolare disciplina sul piano fiscale e previdenziale, nonché sul piano civile e processuale. Ad una ricostruzione di quest'ultima fattispecie contribuisce anche la giurisprudenza. In particolare, affinché si configuri un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa ex art. 409 n. 3 c.p.c., secondo costante giurisprudenza, è necessario che ricorrano contemporaneamente la continuità della prestazione, la coordinazione e la personalità della prestazione (Cass. n. 14702/2007; Cass. n. 5698/2002; Cass. n. 3485/2001; Cass. n. 12572/2013). **Parallelamente, a determinate condizioni, è possibile instaurare rapporti di durata di natura autonoma non riconducibili alla disciplina sopra citata. In particolare, si ritiene che la continuità della prestazione da sola non faccia venire meno la genuinità della prestazione di lavoro autonomo professionale sconfinando nel lavoro coordinato o, addirittura, nel lavoro subordinato, «tutte le volte che il lavoro autonomo si presenta finalizzato alla produzione di un risultato o di una sequenza di risultati integrati stabilmente nell'attività del**

committente», risultati finalizzati al «soddisfacimento di un interesse durevole del creditore» (Trib. Bari, sez. lav., 14 gennaio 2015).

Infine è bene ricordare che, anche nell'ambito di un rapporto di lavoro autonomo di durata, al fine di escludere tanto la eterodirezione quanto la etero-organizzazione, il professionista non dovrà essere sottoposto a direttive della azienda sullo svolgimento della propria attività o in ordine alla fruizione delle ferie, aspetti che integrerebbero la fattispecie della subordinazione ai sensi dell'art. 2094 c.c. (Cass. n. 10043/2004; v. anche Cass. n. 25666/2007; Cass. n. 3853/1995; Cass. n. 3745/1995). Qualora la realtà aziendale si avvalga di più professionisti, il prestatore d'opera dovrà essere libero di concordare con gli altri lavoratori autonomi i turni di lavoro e di farsi sostituire o aiutare da altri suoi eventuali collaboratori nello svolgimento delle attività (Cass. n. 3471/2003); infine altri indici della natura autonoma non parasubordinata del rapporto contrattuale consistono nella libertà per il professionista di esercitare altrove l'attività professionale e nelle modalità di erogazione del compenso (preferibilmente variabile e determinato sulla base della quantità e qualità dei servizi svolti) (Cass. n. 5436/2019).

 @FedericaCapponi

Attività lavorativa di natura amministrativa: (in)compatibilità con la tipologia contrattuale della collaborazione coordinata e continuativa



Irene Tagliabue

Considerando assodato il principio per cui ogni attività economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di lavoro autonomo a seconda delle modalità di svolgimento ed espletamento della stessa, **va ribadito come costituisca requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato, ai fini della sua distinzione dal rapporto di lavoro autonomo, il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro** (*ex multis*: Cass. civ. sez. lav.12364/2003). Va tuttavia segnalato come nel corso degli anni si sia andata rafforzando sempre più l'opinione secondo cui, nonostante la solidità del principio giurisprudenziale appena richiamato, **alcune attività lavorative si mal adattassero alla tipologia contrattuale della collaborazione coordinata e continuativa**. Tra queste anche le attività di natura amministrativa e/o segretariale.

A tal proposito, con la **circolare 4/2008 MLPS**, proprio il Ministero del Lavoro ha provveduto ad evidenziare come, nonostante il generale principio di libertà nella scelta della tipologia contrattuale con cui regolamentare un rapporto di lavoro, alcune specifiche attività lavo-

rativa, per le tipiche modalità di esecuzione della prestazione, siano difficilmente adattabili non tanto ad una prestazione di natura autonoma intesa in senso ampio, quanto con lo schema causale della collaborazione coordinata e continuativa nella modalità a progetto, originariamente prevista dal d.lgs. 276/2003 e successivamente abrogata dal d.lgs. 81/2015. **Nel formulare un elenco di natura puramente esemplificativa, all'interno del quale figuravano, peraltro, anche le attività di segreteria e di terminalisti, il Ministero del Lavoro ha ribadito come dette attività lavorative, pur non essendo possibile escludere che, in casi eccezionali, siano compatibili con le modalità del lavoro a progetto, debbano essere normalmente ricondotte alla fattispecie del lavoro subordinato, qualora non sia possibile dimostrare l'elemento essenziale di una autentica e concreta autonomia nell'esecuzione delle attività oggetto del contratto.**

Il tema è stato poi nuovamente oggetto di attenzione da parte del Ministero del Lavoro che, con la **Circolare 29/2012 MLPS** è tornato sull'argomento. In particolare, affrontando nuovamente le diverse problematiche relative alle collaborazioni coordinate e continuative -

sebbene sempre con riferimento al progetto così come regolamentato dall'allora vigente disciplina legislativa relativa ai co.co.pro.- ha ribadito come il "risultato finale" dovesse essere inteso come atto "idoneo a realizzare uno specifico e circoscritto interesse del committente". Tale risultato, secondo quanto rilevato dalla summenzionata circolare, non può consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale della committente. A tal proposito, citando poi la Sentenza del Tribunale di Milano 18 luglio 2011, si aggiunge che il progetto, "pur avendo ad oggetto attività rientranti nel normale ciclo produttivo dell'impresa e, quindi, non necessariamente caratterizzato dalla straordinarietà od occasionalità, deve pur sempre distinguersi da essa, costituendo un obiettivo o un tipo di attività che si affianca all'attività principale senza confondersi con essa". **Alla luce di questa serie di considerazioni, emerge il fatto che l'attività amministrativa in sé sembrerebbe essere poco adattabile alla tipologia contrattuale della collaborazione coordinata e continuativa proprio a causa dell'oggetto della stessa e delle modalità con cui essa, tipicamente, viene svolta.** In questo specifico frangente, anche per prestazioni connotate da ampia discrezionalità dei tempi e dei luoghi ed anche delle modalità di svolgimento

della prestazione lavorativa, si rischierebbe comunque una riqualificazione del rapporto di lavoro, giustificata dalla natura e dalla tipologia in sé delle attività lavorative svolte.

A ciò si aggiunga che esiste esplicita riserva di legge volta a precludere la possibilità che alcune specifiche attività legate ad adempimenti di lavoro e fiscali vengano svolte da lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa. Nello specifico, l'art. 1, co. 1, l. 12/1979 prevede che *“Tutti gli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti, quando non sono curati dal datore di lavoro, direttamente*

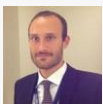
od a mezzo di propri dipendenti non possono essere assunti se non da coloro che siano iscritti nell'albo dei consulenti del lavoro a norma dell'articolo 9 della presente legge”. Oltre ad una tendenziale esclusione della possibilità che attività amministrative vengano svolte da collaboratori ex art. 409 n. 3 c.p.c. per le ragioni sopra elencate e sostenute a più riprese dal Ministero del Lavoro, emerge qui con chiarezza la volontà legislativa di precludere la possibilità che le attività relative alla compilazione delle buste paga, degli adempimenti fiscali e previdenziali possano essere svolte da soggetti diversi dai lavoratori dipendenti, dietro espressa previsione del datore di lavoro o, in alternativa,

dal consulente del lavoro.

In conclusione, **la lettura combinata di normativa, giurisprudenza e circolari che nel corso degli anni si sono susseguite, sembrerebbe suggerire particolare prudenza nella stipulazione di contratti di collaborazione coordinata e continuativa aventi ad oggetto attività puramente amministrative e segretariali e, contestualmente, parrebbe escludere tout court la possibilità che collaboratori svolgano attività contabili od ogni altra forma di adempimento in materia di lavoro per conto del Committente.**

 @TagliabuIrene

Il punto sulla giurisprudenza in tema di trasferimento di ramo d'azienda



Lorenzo Maria Pelusi

L'art. 2112 c.c. regola la sorte dei rapporti di lavoro in caso di cessione di un'azienda o di un suo ramo e, al quinto comma, dispone che «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».

Questa definizione è funzionale a delimitare i casi in cui si applicano le tutele a favore dei lavoratori ceduti previste dallo stesso art. 2112 c.c. e proprio la ratio protettiva di questa disposizione ha indotto la Corte di Giustizia a darne un'interpretazione “funzionalistica”, che, proprio per scongiurare operazioni elusive della finalità di tutela dei lavoratori interessati da una successione nella titolarità dell'entità economica organizzata, ha accolto una nozione estesa

di trasferimento d'azienda. L'approccio della giurisprudenza comunitaria può ormai considerarsi dominante anche nell'ordinamento interno, ove si è fatta strada la tesi secondo cui il trasferimento d'azienda sussiste in **tutte le ipotesi di mutamento della persona fisica o giuridica responsabile dell'impresa che assuma le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti della stessa, a prescindere dallo strumento giuridico utilizzato per la sostituzione** (Cass., 6 maggio 2009, n. 10400; Cass., 19 aprile 2003, n. 6388; Cass.,

4 gennaio 2000, n. 23; Cass., 27 dicembre, 1999).

Tuttavia la vigente formulazione dell'art. 2112, comma 5, c.c., contiene una definizione di ramo d'azienda alquanto sfuggente, limitandosi a sostenere che questo consiste in una «articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento». In tal senso ha cercato di sopperire la giurisprudenza di legittimità, saldamente orientata a ritenere che per ramo d'azienda, «come tale suscettibile di autonomo trasferimento riconducibile alla disciplina dettata per la cessione d'azienda, deve intendersi ogni **entità economica organizzata in maniera stabile, la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità**, il che presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente» (Cass., 26 maggio 2014, n. 11721; Cass. n. 8066 del 2011). Pertanto l'azienda va intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata e non si configura una cessione lecita ogniqualvolta manchi **omogeneità delle attività trasferite** o quando l'oggetto del trasferimento sia soltanto parziale, interessando il contratto traslativo solo parte di un settore dotato di autonomia, a fronte della ritenzione di altra parte dello stesso da parte del cedente (Cass., 26 maggio 2014, n. 11721).

Per ciò che riguarda il **requisito della "autonomia funzionale"**, la giurisprudenza ormai consolidata della Suprema Corte valorizza la necessità che l'azienda oggetto di trasferimento (ovvero la parte di essa) sia costituita da un'**entità economica organizzata in maniera sta-**

bile e di per sé idonea alla produzione e allo scambio di beni o di servizi (Cass., Sez. lav., 9 maggio 2014, n. 10128); occorre quindi che il complesso dei beni materiali ed immateriali oggetto del trasferimento sia intrinsecamente connotato dalla capacità di consentire il raggiungimento del risultato produttivo tipico dell'attività d'impresa (Cass., Sez. lav., 12 agosto 2014, n. 17901).

Ad esempio in Cass., Sez. lav., 17 marzo 2015, n. 5242 si è esclusa la configurabilità dell'autonomia funzionale utile e necessaria a configurare il ramo d'azienda in ragione del fatto che i giudici di merito avevano «accertato, circa l'inesistenza dei presupposti di applicabilità dell'art. 2112 c.c., la circostanza che la pretesa cessione di ramo d'azienda aveva riguardato dotazioni di ufficio assolutamente esigue, non era stato neppure trasferita la proprietà delle fotocopiatrici e dei macchinari in uso (ed anche dei locali). Non era emersa una **stabile e persistente funzionalizzazione del complesso ceduto, che peraltro era privo di autonomia di spesa** come emerso dalla prova espletata». Mentre in Cass., Sez. lav., 27 maggio 2014, n. 11832 si è negata la sussistenza del ramo d'azienda per il fatto che i servizi oggetto di cessione risultavano «disomogenei per funzioni svolte e professionalità coinvolte, non integrati tra loro e privi di coordinamento unitario».

Si aggiunga che, ai fini dell'applicazione della disciplina a tutela dei lavoratori ceduti, la giurisprudenza ammette che, almeno nei settori con elevata incidenza della manodopera sul processo produttivo (c.d. *labour intensive*), **possa costituire 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, abbiano una propria capacità operativa tale da potere esercitare la medesima attività d'impresa anche presso il cessionario (Cass. 19 maggio 2017, n. 12720; Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842).

Altra casistica interessante è quella emergente da Cass., 21 novembre 2012, n. 20422, in cui l'accertamento di merito aveva evidenziato non soltanto l'inconsistenza dei beni materiali ceduti, sostanzialmente inidonei a consentire lo svolgimento dell'attività produttiva del cessionario, ma anche la mancanza di autonomi rapporti tra fornitori e cessionario, la mancata attribuzione di *software* e di strumentazione informatica autonoma allo stesso – come dimostrato dalla circostanza che per accedere al sistema del preteso cessionario bisognava prima accedere alla rete *intranet* del cedente – nonché infine la circostanza che nemmeno i lavoratori coinvolti dal trasferimento risultavano costituire un gruppo coeso per professionalità, legami organizzativi preesistenti alla cessione e specifico *know how* tale da individuarli come una struttura unitaria funzionalmente idonea e non come una mera sommatoria di dipendenti.

Con riferimento alla cessione di un singolo ramo d'azienda il **requisito della "preesistenza"** è reso più insidioso, rispetto al negozio traslativo dell'intera attività, proprio dagli interventi normativi che hanno interessato la norma. In particolare, l'art. 32 del D.Lgs. 276/2003 ha modificato il quinto comma dell'art. 2112 c.c., sostituendo la previgente formulazione, che includeva il requisito della preesistenza anche con

espreso riferimento al trasferimento di ramo aziendale, con quella attualmente vigente, di cui si è detto poc'anzi. Espunto dal testo normativo il riferimento alla necessaria preesistenza del ramo d'azienda rispetto al suo trasferimento, **sembrerebbe che il legislatore abbia voluto demandare alle parti del negozio traslativo la facoltà di identificare un determinato complesso di beni ed attività come "ramo d'azienda"**.

Ma la giurisprudenza ha elaborato una diversa interpretazione del dato normativo, muovendo dal presupposto che la riconducibilità dell'operazione traslativa al paradigma normativo di cui all'art. 2112 c.c. comporta necessariamente il coinvolgimento dei diritti di terzi (e segnatamente dei lavoratori dipendenti), il che dovrebbe indurre ad escludere che possa essere rimessa a una decisione del cedente e del cessionario l'individuazione di ciò che è ai sensi di legge "ramo d'azienda" e ciò che non lo è. In ragione di tale interpretazione la Cassazione ha in più occasioni chiarito che, **anche a seguito delle citate modifiche apportate dall'art. 32, D.Lgs. n. 276/2003 al comma 5 dell'art. 2112 c.c., non può ammettersi un trasferimento di ramo d'azienda con riferimento alla sola decisione, assunta dal soggetto cedente, di unificare alcuni beni e lavoratori, affidando a questi un'unica funzione al momento del trasferimento.**

Viene quindi ancora oggi affermato il principio secondo il quale ai sensi di tale norma costituisce "ramo d'azienda" un'entità economica organizzata la quale, in occasione del trasferimento, conservi la propria identità, come peraltro richiesto dalla prima parte dell'art. 2112, comma 5, c.c., anche a seguito delle

modifiche apportate dall'art. 32, D.Lgs. 276/2003, **presupponendo ciò comunque una preesistente entità produttiva funzionalmente autonoma e non anche una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento o come tale unicamente identificata dalle parti del negozio traslativo** (Cass., Sez. lav., 31 maggio 2016, n. 11247; Cass., Sez. lav., 27 maggio 2014, n. 11832; Cass., Sez. lav., 26 maggio 2014, n. 11721; Cass., Sez. lav., 9 maggio 2014, n. 10128, ove si chiarisce 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»). In particolare in Cass., Sez. lav., 12 agosto 2014, n. 17901 si sottolinea il fatto che è «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 e non dall'inerenza del rapporto ad una entità economica dotata di autonomia ed obiettiva funzionalità» (precedenti conformi sono: Cass. 15 aprile 2014, n. 8757, Cass. 4 dicembre 2012, n. 21711, Cass. 8 giugno 2009, n. 13171, Cass. 9 ottobre 2009, n. 21481).

Il permanere della necessità che il ramo produttivo preesista al trasferimento – sia questo un acquisto o un mero affitto – non significa tuttavia che la continuità dei rapporti di lavoro debba essere esclusa tutte le volte che l'entità economica sia interessata, anche in parte, da processi di riorganizzazione in occa-

sione della cessione. Infatti, l'interpretazione della Corte di Giustizia è stata risolutiva nel chiarire che **non tutte le modifiche organizzative introdotte in azienda sono di per sé stesse limitative dell'operatività dell'art. 2112 c.c., al contrario potendosi ritenere che anche una rimodulazione dei fattori produttivi trasferiti non incida sulla conservazione dell'identità aziendale ove il nesso funzionale tra i fattori medesimi resti invariato e consenta al cessionario di utilizzarli per proseguire una identica o analoga attività economica rispetto a quella esercitata dal cessionario** (CGUE, 12 febbraio 2009, C-466/07, Klarenberg; CGUE, 13 settembre 2007, C-458/05, Jouini; CGUE, 26 settembre 2000, C-175/99, Mayeur; CGUE, 7 marzo 1996, cause riunite C-171/94 e C-172/94, Merckx e Neuhuys).

D'altra parte si deve tenere presente che, data la finalità di tutela dei lavoratori perseguita dalle fonti comunitarie in materia, la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi proprio sulla compatibilità dell'art. 2112 c.c. con la normativa europea, ha affermato che «l'art. 1, par. 1, lett. a) e b), Direttiva 2001/23/CE del consiglio 12 marzo 2001 deve essere interpretato nel senso che **non osta ad una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento**» (Corte di Giustizia UE C-458/12 del 6 marzo 2014). Difatti, fermo restando che per il di-

ritto comunitario la nozione di entità economica oggetto di trasferimento deve preesistere al trasferimento e mantenere la propria identità a seguito di esso, la semplice mancanza di autonomia funzionale dell'entità trasferita non può, di per sé, costituire un ostacolo a che uno Stato membro garantisca comunque nel proprio ordinamento interno il mantenimento dei diritti dei lavoratori anche in un caso del genere, in ottica quindi di estensione delle tutele apprestate in favore dei lavoratori.

Così delimitata la fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda, val la pena ricordare cosa prescrive l'art. 2112 c.c. al suo ricorrere. **Il rapporto di lavoro oggetto di trasferimento continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.** Quanto alla garanzia della continuità occupazionale, infatti, è espressamente vietato ogni licenziamento motivato dal mero trasferimento d'azienda (art. 2112, comma 4, prima parte, c.c.). Per inciso, si consideri inoltre che, nel giudizio promosso dal lavoratore illegittimamente licenziato ancor prima della vicenda traslativa del ramo d'azienda di cui faceva parte, sussiste la legittimazione passiva del cedente che ha intimato il recesso, la cui posizione, in tema di responsabilità, non è inscindibile da quella del cessionario, che, tuttavia, può essere chiamato in causa dal cedente, in quanto soggetto effettivamente e direttamente obbligato alla prestazione pretesa dal lavoratore, con effetto di estensione automatica della domanda nei suoi confronti (Cassazione civile, Sez. Lavoro, ordinanza n. 11420 del 11 maggio 2018).

Si ha quindi una **successione le-**

gale nel contratto che, non richiedendo il consenso del contraente ceduto, non è assimilabile alla cessione del contratto, per la quale tale consenso opera da elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 1406 c.c. (Cass. 23 maggio 2017, n. 12919). Emerge così la specialità dell'istituto del trasferimento di azienda il quale si configura, per la natura degli interessi coinvolti, come una norma imperativa, dal momento che il rapporto di lavoro con l'imprenditore subentrante nella titolarità dell'azienda costituisce un effetto automatico *ex lege* della vicenda circolatoria, giustificato sul piano sistematico dalla garanzia di tutela dei lavoratori in tema di continuità dell'occupazione e di conservazione dei diritti.

Oltre all'irrelevanza del consenso dei lavoratori oggetto di cessione, altro corollario della specialità dell'istituto è che **la cessione dell'azienda resta valida ed efficace a prescindere da ogni garanzia circa la continuazione dell'attività produttiva a seguito del trasferimento.** Il cedente, in altri termini, è esonerato dal verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario, poiché, se il legislatore ha predisposto a garanzia dei lavoratori una serie di cautele – che vanno dalla previsione della responsabilità solidale del cedente e del cessionario in relazione ai crediti maturati dai dipendenti, di cui si dirà a breve, alla consultazione preventiva delle organizzazioni sindacali (per cui cfr. l'art. 47 della l. n. 428/1990) – nessun limite, neppure implicito, è stato posto alla libertà dell'imprenditore di dismettere l'azienda, nel rispetto dell'art. 41 Cost. (Cassazione civile, Sez. Lavoro, sentenza n. 6184 del 14 marzo 2018).

Per favorire il soddisfacimento dei crediti che il lavoratore ha maturato

presso il precedente datore di lavoro, l'art. 2112, comma 2, c.c. stabilisce che **il cedente ed il cessionario sono obbligati in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento.** Inoltre, al fine di evitare, nel passaggio da una impresa all'altra, il peggioramento del trattamento economico e normativo goduto dai lavoratori al momento del trasferimento, il successivo terzo comma prevede **l'ultrattività della contrattazione collettiva** attributiva di tale trattamento: «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».

Sul punto si deve notare che **la capacità di resistenza della contrattazione collettiva di fronte alle istanze del cessionario di modificare le condizioni di lavoro non può, secondo quanto previsto dalla Direttiva europea 2001/23/CE, spingersi sino ad impedire al cessionario di effettuare dopo il trasferimento gli adeguamenti ed i mutamenti indispensabili per l'esercizio della sua attività imprenditoriale** (cfr. Corte di Giustizia 27 aprile 2017, C-680/15 e C-681/15, Asklepios). In quest'ultima pronuncia della Corte di Giustizia, in particolare, si è stabilito che «la direttiva 2001/23 non mira unicamente a salvaguardare gli interessi del lavoratore, ma intende assicurare un giusto equilibrio tra gli interessi di questi ultimi e quelli del cessionario» sicché «ne deriva in particolare che il cessionario deve

essere in grado di procedere, successivamente alla data del trasferimento, agli adeguamenti e ai cambiamenti necessari alla continuazione della sua attività», persino negoziando «gli elementi che determinano l'evoluzione delle condizioni di lavoro dei suoi dipendenti in vista della sua futura attività economica».

Si può quindi concludere che, alla luce della intricata normativa che regola l'istituto e della copiosa giurisprudenza sedimentatasi in materia,

non si deve sottovalutare la complessità di ogni operazione di trasferimento di ramo d'azienda, per le quali si ravvisa l'opportunità di ricorrere a consulenti di comprovata esperienza, avvalendosi eventualmente anche della consulenza resa dalle Commissioni di certificazione dei contratti. Al fine di scongiurare un trasferimento illegittimo, sarà ad esempio necessario selezionare con attenzione l'insieme di beni, fattori e rapporti contrattuali oggetto di cessione affinché questi rappresentino un ramo d'azienda autonomo e

preesistente, quindi capace, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi funzionali ed organizzativi e quindi di svolgere, senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario, il servizio o la funzione svolti nell'ambito dell'impresa cedente.

 @lorempel

Subappalto e subaffidamento nei lavori pubblici: interpretazione e criticità dell'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016



Giovanni Pigliararmi

L'art. 105, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 (c.d. *Codice dei Contratti Pubblici*) definisce il subappalto come «il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto». La norma, quindi, qualifica come subappalto qualsiasi contratto che abbia ad oggetto anche una sola delle attività rientranti nell'oggetto del contratto principale, a prescindere da qualsiasi soglia quantitativa. Prosegue la disposizione aggiungendo che:

a) in ogni caso si ha subappalto tutte le volte in cui «qualsiasi contratto [ha] ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera,

quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare»;

b) in ogni caso, il valore economico del contratto di subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture affidate dal committente (la Pubblica Amministrazione) all'appaltatore principale.

La parte della disposizione di cui alla lett. a) rappresenta l'eccezione alla

regola generale in quanto estendendo la definizione, il legislatore prevede che si qualificherà come subappalto qualsiasi contratto che pur non riguardando direttamente i lavori oggetto dell'appalto pubblico principale, sia relativo ad attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, a condizione che queste attività: siano singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro; abbiano una incidenza del costo della manodopera e del personale superiore al 50 per

cento dell'importo del contratto da affidare. Sembrerebbe quindi che l'estensione della disciplina del subappalto prevista dal legislatore nel secondo capoverso dell'art. 105, comma 2 valga solo per quei subcontratti che non siano già qualificabili come subappalti; quindi resterebbero esclusi i subaffidamenti dei lavori che sono oggetto diretto dell'appalto pubblico principale in quanto questi resterebbero subappalti anche qualora si collochino al di sotto delle soglie quantitative indicate dall'art. 105, comma 2, secondo capoverso, in quanto già qualificati ai sensi del primo capoverso. Rispetto, invece, alla regola fissata alla lett. b), l'art. 105, comma 2 dispone una specifica eccezione. Infatti, il limite del valore economico non si applica alle opere di cui all'art. 89, comma 11 del d.lgs. n. 50 del 2016 (trattasi di "opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali") rispetto alle quali il Codice dei Contratti detta un'apposita disciplina. In realtà, quella dell'art. 89, comma 11 non è la sola eccezione rispetto alla regola generale fissata dall'art. 105, comma 2 in quanto al successivo comma 3, il legislatore ha previsto una serie di attività che non possono essere qualificate come subappalto e quindi non soggiacciono ai limiti prescritti dalla norma citata. In particolare, non ricorre il subappalto tutte le volte in cui vi è:

- a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;
- b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
- c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani o nei comuni delle isole minori

così come individuati dalle leggi vigenti;

d) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto.

Se da un lato, il legislatore esclude tassativamente queste fattispecie dal campo di applicazione dell'art. 105, comma 2, dall'altro, impone l'obbligo di deposito di detti (sub)contratti "alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto" (art. 105, comma 3, ultimo capoverso).

Tuttavia, come osservato tanto da diversi interpreti ed anche dalla giurisprudenza, esisterebbero altre ipotesi di subcontratti che, al di là delle ipotesi tassative previste dall'art. 105, comma 3, non sarebbero riconducibili al subappalto e quindi sottratte tanto alle limitazioni di cui all'art. 105, comma 2 che alle limitazioni previste dall'art. 105, comma 19; quest'ultima disposizione, infatti, prevede che "l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto".

Ma di quali contratti si tratta? In prima battuta, è possibile ritenere che siano esclusi dal campo di applicazione dell'art. 105, comma 19 tutti quei contratti che sono al di sotto dei parametri indicati dall'art. 105, comma 2 (quindi un contratto dal valore anziché maggiore, minore del 2% dell'importo del contratto di appalto e comunque non oltre i 100.000 euro). Sotto questo profilo, è stato osservato ad esempio che è possibile qualificare come subappalto un subaffidamento "solo in caso di contestuale superamento dei limiti del 2% dell'importo del contratto (o 100.000 euro, se superiore) e dell'incidenza del 50% della manodopera". Diversamente "un subcontratto di importo superiore a 100.000 euro, ma con incidenza

della manodopera inferiore al 50%, non è qualificabile come subappalto e non può essere oggetto né di procedura di autorizzazione né di valorizzazione ai fini del limite del 30%" (C. Costanzi, *Fornitura e subappalto nella contrattualistica pubblica: un caso limite, in Il diritto amministrativo. Rivista giuridica*, 2019, www.ildirittoamministrativo.it). La ratio di questa norma si spiega nella misura in cui il legislatore ha inteso tutelare i prestatori di lavoro "valorizzando l'incidenza della manodopera quale discriminante tra subappalto e altri subcontratti, posto che la nozione di subappalto si atteggiava quale contenitore anche di fattispecie che per altri settori del sistema (quello privatistico) sarebbero altro". Ciò che rileva, in altre parole, "è l'esecuzione, l'impiego significativo di manodopera per la posa in relazione ad un singolo rapporto, dovendosi sussumere nel novero del subappalto qualsiasi fornitura che preveda anche una posa in opera connotata dall'impiego di manodopera oltre le soglie suindicate" (C. Costanzi, *Fornitura e subappalto nella contrattualistica pubblica: un caso limite, cit.*).


Anche la recente giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di osservare che "dall'articolo 105 del d.lgs. n. 50 del 2016, si evince che il legislatore ha distinto nettamente tra subappalto, che soggiace al limite del 30% del contratto di appalto e ai limiti di cui al comma 4 [...] e altri subcontratti, che fanno sorgere solo l'obbligo di comunicazione alla stazione appaltante ex articolo 105 comma 2" (TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 5 febbraio, 2018, n. 43). Infatti, ai sensi dell'art. 105, comma 2 l'affidatario dell'appalto deve comunicare alla stazione appaltante "prima dell'inizio della prestazione, per tutti i subcontratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del subcontraente, l'importo del subcontratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidat". Alla stazione appaltante devono essere

comunicare anche eventuali modifiche contrattuali disposte in corso d'opera. In particolare, la giurisprudenza interpreta l'art. 105, comma 2 ritenendo che non sono qualificabili come subappalti i contratti che hanno ad oggetto attività sussidiarie e secondarie rispetto a quelle propriamente rientranti nell'oggetto dell'appalto e che non superino le soglie quantitative imposte dalla norma (v. sempre **TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 5 febbraio, 2018, n. 43** che ha qualificato come subaffidamento – e non come subappalto – l'attività di trasporto e discarica di materiali svolto da una società per conto di un'altra società in quanto il conferimento in discarica non rientrava nelle prestazioni oggetto di gara e quindi di affidamento trattandosi, invece, di prestazioni collaterali che seppur necessarie esulavano dalla gara e quindi dal margine di controllo e verifica della Pubblica Amministrazione; sul punto v. anche **TAR Lazio, Sez. III, 29 gennaio 2019, n. 1135**; **TAR Sicilia, Sez. III, 6 dicembre 2018, n. 2583**).

L'applicazione dell'art. 105, comma 2 risulta essere, quindi, complessa imponendo alle imprese che hanno come committente prevalentemente la Pubblica Amministrazione

un rigido controllo preventivo del proprio modello organizzativo. Tuttavia, la disposizione, di recente, è stata “travolta” da alcune pronunce della **Corte di Giustizia dell'Unione Europea**. Infatti, con la **sentenza 14 luglio 2016 (causa C-406/14)** i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che una clausola che impone limitazioni al ricorso al subappalto per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale è incompatibile con la direttiva 2004/18/CE. Sulla scia di questa interpretazione, il **TAR della Lombardia, con ordinanza 19 gennaio 2019, n. 148** ha sollevato una questione pregiudiziale – chiedendo quindi l'intervento della CGUE – relativa ai limiti per il subappalto, previsti indifferentemente per lavori, servizi e forniture all'art. 105, comma 2. In particolare, il TAR Lombardia ha richiesto alla Corte di Giustizia Europea di fornire risposta al dubbio relativo alla possibile violazione dei principi di libertà di stabilimento (art. 49 TFUE), di libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE) e di proporzionalità, nonché dell'art. 71 della direttiva 2014/24/UE, che non prevede alcun limite per il subappalto. Ancora una volta, la Corte di Giustizia Europea, rispondendo

al TAR della Lombardia, ha confermato l'anomalia dell'art. 105, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 laddove limita il ricorso al subappalto. La Corte in un passaggio della sentenza precisa che *“la normativa nazionale [...] vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore”*; pertanto *“nell'ambito di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, per tutti gli appalti, una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati dev'essere realizzata dall'offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione”* (**sentenza 26 settembre 2019, causa C-63/18**).

 @Gio_Pigliararmi

DOCUMENTI

Circolare del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali

29 gennaio 2008, n. 4.....



Circolare del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali

11 dicembre 2012, n. 29.....



Ordinanza della Corte di Cassazione

25 febbraio 2019, n. 5436.....



Sentenza del TAR Sicilia, Sez. III

6 dicembre 2018, n. 2583.....



Sentenza del TAR LAZIO, Sez. III

29 gennaio 2019, n. 1135.....



Ordinanza TAR Lombardia

19 gennaio 2019, n. 148.....



Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

14 luglio 2016, causa C-406/14.....



Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

26 settembre 2019, causa C-63/18.....





Commissione di Certificazione
Centro Studi DEAL
Presidente prof. Michele Tiraboschi
Dipartimento di Economia Marco Biagi



@DEALunimore
@certifica_MO

www.certificazione.unimore.it