

OUTSORCING E RAPPORTI DI LAVORO

Autore: Redazione

In: Diritto civile e commerciale

a cura di

avv. Francesco Zeoli

avv. Adelaide Muscolo

Sempre più frequenti oggigiorno diventano i casi in cui le aziende utilizzano lo strumento del trasferimento di azienda previsto dall'art. 2112 c.c. allo scopo di sottodimensionare i limiti numerici di organico fissati dalla legge per l'applicazione delle leggi sulla "giusta causa" dei licenziamenti.

Il presente scritto si occuperà di tracciare le differenze sostanziali tra la fattispecie del trasferimento d'azienda, così come regolato dall'art. 2112 c.c. e l'ipotesi della esternalizzazione delle attività aziendali o outsourcing, tenendo presente altresì i rimedi utilizzabili dal lavoratore al fine di evitare le conseguenze pregiudizievoli che potrebbero sorgere in capo a lui in conseguenza dell'avvenuta cessione del proprio contratto lavorativo all'azienda ceduta.

L'art. 2112 c.c. intitolato "trasferimento di azienda" stabilisce che in caso di trasferimento di azienda il rapporto di lavoro continua con l' acquirente e il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. La disciplina dettata da tale norma è stata estesa anche ai casi di trasferimento di ramo aziendale e senza dubbio è stata concepita e modificata per ampliare la tutela dei lavoratori trasferiti i quali conservano appunto i diritti maturati con l' azienda cedente.

Il fine garantista voluto dal legislatore però molto spesso nella prassi cela uno strumento dannoso proprio per i lavoratori che si intendeva tutelare. Soprattutto nell'ottica delle grandi e medie imprese avviene sempre più di frequente che si trasferisca un "segmento di azienda" ossia un'entità priva di autonomia organizzativa, funzionale e produttiva rispetto alla parte non ceduta dell' azienda, esternalizzando il servizio espletato da tale segmento, integrando così il fenomeno dell' esternalizzazione o outsourcing.

In pratica con il termine esternalizzazione si fa riferimento a quelle tecniche mediante le quali l' azienda dismette alcuni segmenti dell'attività produttiva e i servizi che non ne costituiscono il c.d. "core bussines" affidandone la gestione ad altra impresa attraverso un contratto di appalto o fornitura.

L'outsourcing riguarda quindi quello che prima si svolgeva all'interno dell'impresa e quindi sotto il controllo dell'imprenditore e ora si svolge all'esterno sotto il controllo di un terzo.

Se il datore di lavoro effettua una esternalizzazione applicando illegittimamente l'art. 2112 c.c., il lavoratore sarà automaticamente trasferito nella nuova impresa (cessionaria) senza aver avuto una personale voce in capitolo (salve le consultazioni sindacali obbligatorie) potendosi veder applicato, in alcune ipotesi il contratto collettivo dell'impresa acquirente, anche peggiorativo, posto che lo stesso art. 2112 c.c. fa salva l'ipotesi dell'applicazione ai lavoratori ceduti di un diverso contratto collettivo (anche peggiorativo).

In ogni caso, la distinzione tra le due fattispecie è molto ardua, sia perché non esiste una specifica normativa nazionale che contenga una specifica distinzione, sia perché le leggi comunitarie interpretate dalla Corte Europea hanno avuto un'applicazione estremamente estensiva dell'art. 2112 c.c.

La recente Direttiva Comunitaria 98/50, superando le precedenti evoluzioni del giudice comunitario, ha chiarito che è considerato trasferimento quello che riguarda "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", in tal modo si è inteso attribuire all'azienda trasferita o al ramo dell'azienda trasferito una connotazione più "leggera" ravvisando gli estremi di un trasferimento di un'entità economica a prescindere dalla presenza di un trasferimento di elementi materiali o strutturali.

I giudici italiani invece, si stanno recentemente orientando nel senso di individuare specifici requisiti per precisare in particolare la distinzione tra ramo d'azienda e segmento d'azienda, in maniera da dare un confine netto tra le due fattispecie di cessione e di esternalizzazione.

Si rende necessario stabilire quando i processi di segmentazione dell'impresa danno luogo ad una vicenda di esternalizzazione che ben si differenzia dal fenomeno del trasferimento di ramo aziendale, ma ben si avvicina agli estremi della fattispecie interpositiva.

La differenza con l'altra fattispecie disciplinata dall'art. 2112 c.c. è insita nella struttura dell'azienda (o del segmento) esternalizzata/o che è profondamente diversa dalla struttura dell'impresa tradizionale. Basti pensare che gli strumenti attraverso i quali "l'azienda esternalizzata" si procura i mezzi e i servizi, prima prodotti in proprio, sono rappresentati da contratti (appalti) esposti per loro natura ai rischi del mercato e pertanto assai meno stabili del contratto di lavoro subordinato, è questo uno dei motivi per i quali sorge l'esigenza di cogliere il valore del consenso del lavoratore.

La giurisprudenza di merito si è recentemente occupata della vicenda in questione ed in particolare alla luce del principio di effettività, fondamentale anche nel diritto del lavoro (Corte Cost. Sent. 121/1993 e Sent. 115/1994), ha chiarito che. "la distinzione tra la cessione di ramo d'azienda, cui consegue l'applicazione dell'art. 2112 c.c. e la mera esternalizzazione di servizi che può configurare un'ipotesi di interposizione vietata, o di cessione illegittima di contratto di lavoro, deve fondarsi su elementi obiettivi e

non può rimettersi alla mera volontà del datore di lavoro. Non è configurabile un trasferimento di ramo d'azienda nel caso di mera esternalizzazione di servizi privi di quel carattere di autonomia organizzativa ed economica obiettivamente preesistente al trasferimento stesso, che presuppone quantomeno quello specifico centro direttivo, dotato di autonomia finanziaria, nel caso specifico, il trasferimento dei lavoratori connesso a tale operazione si configura come cessione del contratto di lavoro, illegittima per difetto del consenso del lavoratore ceduto, e comporta le conseguenze di un licenziamento illegittimo " (Pretura di Genova 22 ottobre 1998).

Una corrente giurisprudenziale ancora più attenta all'importanza del consenso del lavoratore, ritenendo tale elemento indispensabile anche per una vera e propria cessione di ramo d'azienda, ha precisato che: "nel caso di trasferimento di azienda ex art. 2112 c.c., interpretato alla luce della Dir. Cee n. 77/187, la cessione del rapporto di lavoro è automatica solo nei confronti del cedente e del cessionario, resta subordinata al consenso del lavoratore ceduto, che a tale cessione potrebbe efficacemente opporsi (Pretura Milano 14 maggio 1999).

Anche la dottrina, molto sensibile alla tutela dei lavoratori esternalizzati, ha esaminato la vicenda (Stefano Chiusolo in Rivista critica del lavoro 1999, 561), evidenziando in particolare quei requisiti necessari per l'individuazione dell'outsourcing e cioè dell' esternalizzazione. Partendo dalla considerazione storica che analizza il recente fenomeno posto in essere dagli imprenditori che invocano sempre più spesso l'istituto ex art. 2112 c.c. anche in ipotesi in cui l'oggetto del trasferimento non sia un ramo, bensì un servizio ausiliario dell'impresa, è stata evidenziata la necessità di stabilire che "l'insieme dei beni ceduti per integrare la fattispecie ex art. 2112 c.c. debba essere considerato ramo d'azienda non solo nella prospettiva di chi acquista, ma anche nella prospettiva di chi vende. In altre parole sarà configurabile un trasferimento di ramo d'azienda solo allorquando il complesso di beni ceduto costituisca un insieme di beni organizzati, secondo il disposto ex art. 2555 c.c., per l'attività imprenditoriale sia per il cedente che per il cessionario. Al contrario il mero trasferimento di un'attività strumentale non integra la fattispecie in questione neanche nel caso in cui tale attività sia perfettamente coerente e funzionale con l'impresa del cessionario. Se ad esempio un'azienda vende l'insieme dei beni e servizi necessari al recapito della posta interna a un'impresa che fornisce questo servizio in forma imprenditoriale, verrà posta in essere una cessione di un insieme di beni che costituisce un' azienda per chi compra, ma che costituisce una mera attività ausiliaria e non un' azienda per chi vende. In un caso come questo non può dirsi che si sia verificato un "trasferimento d'azienda". Infatti, per realizzare una simile fattispecie, è necessario che l'oggetto della cessione sia qualificabile come tale da entrambe le parti.

L' art. 2112 c.c fa riferimento al "trasferimento d'azienda", evidentemente presupponendo che l' oggetto della cessione sia qualificabile come tale per tutte le parti del trasferimento. Del resto la giurisprudenza ha sempre inteso l'istituto di cui all'art. 2112 c.c. come il subingresso di un imprenditore ad un altro nell' esercizio dell' attività di impresa, con la possibilità per il cessionario di sfruttare anche con le relazioni con i terzi e con la clientela, la stessa posizione dell'alienante (in tal senso Cass. 10.3.1992 n. 2887, in Rep. Foro it. 1992; Cass. 19.2.1987 n. 1799; Cass. 13.11.1986 n. 6675).

Quando invece la fattispecie denominata trasferimento d' azienda ha ad oggetto l'esternalizzazione di servizi privi di autonomia organizzativa ed economica preesistente al trasferimento, che rappresentano articolazioni dell' impresa strumentali allo svolgimento dell'attività imprenditoriale che quindi non costituiscono azienda per chi vende e per chi acquista anche intesa come medesima posizione con i terzi e con la clientela, non può trovare applicazione l' art. 2112 c. c. , trattandosi di pura esternalizzazione.

Rimedi per il lavoratore

1) Il lavoratore avrà sempre l'interesse a dimostrare in giudizio che il datore di lavoro ha illegittimamente applicato l'art. 2112 c.c. ad un fenomeno che non può configurarsi come cessione di ramo d'azienda.

Allorquando sussistano i presupposti sopra specificati il lavoratore ceduto potrà agire giudizialmente al fine di chiedere l'accertamento dell'illegittimità dell'avvenuto trasferimento, con conseguente applicazione dell'art. 1406 c.c., che disciplina la cessione del singolo contratto lavorativo. In tal caso la legge stabilisce che la cessione non ha effetto se non vi è stato il consenso del lavoratore, non bastando il consenso del cedente e del cessionario.

Quando c'è esternalizzazione e non cessione ex art. 2112 c.c. non avviene il trasferimento del lavoratore in maniera automatica, ma esso è subordinato al suo consenso. Se il giudice accerterà la sussistenza dell'esternalizzazione il trasferimento dei lavoratori sarà avvenuto in violazione dell'art. 2112 c.c. e pertanto sarà avvenuto anche in questo caso un illecito licenziamento del lavoratore ceduto che chiederà l'integrazione nel posto di lavoro con conseguente risarcimento del danno.

Il lavoratore che ritiene di essere stato illegittimamente ceduto dall'alienante all'acquirente (alla stregua delle considerazioni che precedono), deducendo quindi di essere stato illegittimamente licenziato dal cedente, deve manifestare il suo dissenso entro il termine di 60 giorni che decorrono dalla cessione con raccomandata con avviso di ricevimento. Nel caso contrario potrebbe configurarsi un'ipotesi di tacito consenso alla cessione.

2) Può però accadere che la dismissione del segmento produttivo venga ad attuarsi con modalità tali da integrare la violazione di una precisa normativa: é il caso della cessione attuata in violazione della legge n. 1369 del 1960 (divieto di interposizione di manodopera).

Tale disposizione di legge, all'art. 1 stabilisce: "è vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto in qualsiasi altra forma, anche a società cooperativa, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui la prestazioni si riferiscono. E' altresì vietato all'imprenditore di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestazioni di opere assunti e retributivi da tali intermediari.

E' considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per

esecuzioni 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.

I prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni e cioè alle dipendenze del committente".

In pratica elemento fondamentale perché si configuri la fattispecie vietata dall'art. 1 l. 1369 è che l'appaltatore (cioè il cessionario) utilizzi i capitali, le macchine e le attrezzature fornite dall'appaltante (cioè dal cedente) sempre se detto conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore.

Non solo, ma è necessario che le attività svolte dai lavoratori trasferiti recepiscano il potere direttivo svolto dall'appaltatore (impresa cedente) il quale continua a dettare loro le concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative.

Se sussistono tutti questi elementi potrà ravvisarsi l'applicazione della fattispecie vietata.

Il lavoratore trasferito potrà agire in giudizio al fine di far dichiarare la nullità del contratto di appalto con la conseguente sua reintegrazione nel posto di lavoro ricoperto prima della cessione del ramo alle dipendenze del cedente, oltre al risarcimento del danno da illegittimo licenziamento.

<https://www.diritto.it/outsourcing-e-rapporti-di-lavoro/>