

AZIENDA IMMATERIALE E OUTSOURCING DI KNOW HOW

Come l'evoluzione informatica e telematica
incide sulla struttura e la tutela del credito di lavoro

Workshop promosso dallo **Studio Ichino-Brugnatelli e Associati**

Roma, 19 maggio 2022

La «dematerializzazione» dell'azienda nel diritto del lavoro

Inizio anni 2000 - L'*outsourcing* delle attività *labour intensive* è già esploso e mette in crisi l'antico divieto d'appalto di prestazioni di lavoro (l. **1369/60**)

2001/2003 – Il diritto del lavoro asseconda il fenomeno:

- il **d.gs. 18/2001** e il **d.lgs 267/2003** modificano l'art. 2112 c.c.: l'azienda e il ramo di azienda cedibili unitamente ai rapporti di lavoro non sono più necessariamente «complessi di beni», ma anche «attività economiche organizzate», come tali definite dalle parti
- il d.lgs. 267/2003 riconosce:
 - (i) l'appalto di servizi di solo personale, a condizione che l'appaltatore eserciti il potere organizzativo (art. 29)
 - (ii) l'esternalizzazione, ossia l'appalto di servizi eseguito dall'appaltatore con personale acquisito dallo stesso committente, a seguito di acquisto di ramo di azienda



Marco Biagi

Dematerializzazione *(segue)*

attività appaltabile e ramo di azienda trasferibile

Lo stesso gruppo di lavoratori organizzato, anche se non integrato da alcun significativo elemento “reale”, può essere



(a) **trasferito come ramo** di azienda

(b) “**esternalizzato**” secondo lo schema previsto dall’ultimo comma dell’art. 2112 c.c.

(c) **utilizzato per fornire in appalto a terzi** il servizio

(d) **reso eccedente**, affidando il servizio in appalto a terzi

Il contrappeso della
**responsabilità
solidale** tra
appaltante ed
appaltatore

Il committente
risponde dei **debiti di
lavoro** e **previdenziali**
degli appaltatori

- Responsabilità solidale anche per i debiti dei **sub-appaltatori** (possibilità di controllo sono necessariamente ridotte)...
- ... anche a carico del **committente non-imprenditore**...
- ... sia per gli appalti di **opere** che per quelli di **servizi**,
- “**interni**” o “**esterni**” al ciclo produttivo normale del committente...
- ... anche per gli appalti eseguiti mediante **ramo di azienda ceduto** dal committente...
- ... e non fanno eccezione **tipi particolari di appalto**

2010/ 2020 - Al successo dell'outsourcing nel mercato non corrisponde però il favore del sindacato e dei giudici del lavoro

- Diverse importanti operazioni di outsourcing vengono **osteggiate dal sindacato** anche se l'outsourcer è un'impresa solida e affidabile, talvolta più di quella committente
- I giudici tendono a negare l'autonomia organizzativa del ramo ceduto, e dell'attività appaltata, quando consiste nel solo dato organizzativo o **know how dei lavoratori**
- si sviluppa la **giurisprudenza punitiva della «doppia retribuzione»**: il committente è tenuto a pagare una seconda retribuzione, per l'attività stessa già retribuita dall'appaltatore

Le criticità nella cessione di ramo



- Genericità e **opinabilità del requisito dell'autonomia funzionale del ramo** ceduto: affermata o negata a seconda del risultato di volta in volta voluto
- il **requisito della preesistenza del ramo** aziendale rispetto alla cessione, abrogato dal D.Lgs 276/2003, viene **di fatto reintrodotta** dalla giurisprudenza
- ignorata la norma che attribuisce **all'autonomia delle parti l'identificazione del ramo** aziendale al momento della cessione
- si stenta ad ammettere che il solo **know how organizzativo e produttivo dei lavoratori** possa costituire l'elemento costitutivo del ramo di azienda cedibile
- si tende ad esigere, ai fini della configurabilità del ramo cedibile, la **presenza di elementi organizzativi materiali** (beni strumentali, hardware, software)

Le criticità nell'appalto

- Il requisito del **potere organizzativo e direttivo** esercitato nei confronti dei lavoratori utilizzati viene confuso con le direttive tecniche che il committente deve poter impartire all'appaltatore, in un appalto di servizio continuativo
- Il requisito della **sopportazione del rischio d'impresa** da parte dell'appaltatore viene esasperato, al punto da negarlo in casi in cui lo stesso codice civile lo riconosce espressamente (come nella commisurazione del corrispettivo dell'appalto al costo del lavoro)



I possibili rimedi

La certificazione?

È possibile soltanto **per il contratto di appalto** (art. 84 D.Lgs. 276/2003)

- non anche con riferimento alla cessione di ramo
- **mitiga il rischio** di contenzioso, ma non lo elimina del tutto, perché può essere impugnata sia per erronea qualificazione del contratto certificato, sia per difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato (art. 80)

Il contratto di prossimità?

Può incidere **soltanto sul regime della solidarietà** negli appalti; non sul regime del trasferimento di azienda (art. 8 D.L. 138/2011)

Possibili alternative contrattuali

Affitto anziché cessione di ramo

Consente a tutte le parti coinvolte un **congruo periodo di reciproca sperimentazione**, senza l'irreversibilità dell'operazione di outsourcing (ma nel periodo di affitto l'outsourcer non potrebbe modificare la destinazione e l'assetto del ramo affittato: art. 2561 c.c.)

Distacco

È gradito ai sindacati perché lascia **invariata la titolarità del rapporto**

Non è gradito agli outsourcer seri, perché è temporaneo...

... perché limita assai il potere dell'outsourcer verso il distaccato

... e perché il lavoratore viene messo a disposizione di un altro soggetto

«*per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa*», così

limitandosi molto lo *ius variandi* (art. 30 D.Lgs. 276/2003)

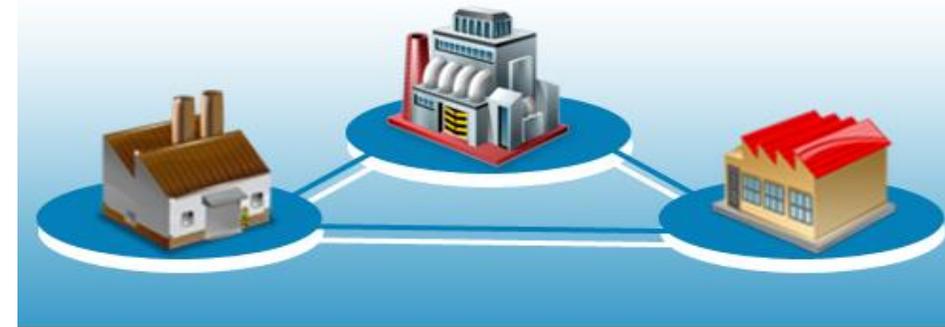
Possibili alternative contrattuali - *Segue*

Contratto di rete

Soluzione praticata per ora pressoché esclusivamente nella modalità del **distacco** tra imprese retiste (si ripropongono dunque gli inconvenienti del distacco di cui si è detto)

Contratto di rete con **codatorialità**

Soluzione penalizzata dall'**assenza, per ora, di una regolamentazione del contratto di lavoro condiviso**, che la legge rimette genericamente allo stesso contratto di rete...
... donde qualche diffidenza tra gli operatori



IL CONTRATTO DI RETE

Conclusioni

La trasformazione tecnologica dei servizi è un processo continuo, impetuoso e sofisticato, che l'azienda generalista non è in grado di gestire da sola, e **che non può essere fermato dalle sentenze o dagli scioperi.**

L'alternativa all'assorbimento da parte dell'*outsourcer* dei lavoratori addetti ai servizi esternalizzati è **l'esubero occupazionale, con gli ammortizzatori sociali, e le politiche attive del lavoro** (artt. 21 e ss. D. Lgs. 150/2015)

Ma quale soluzione di politica attiva del lavoro può essere preferibile alla **continuità del lavoro e del reddito, con la *chance* di un nuovo futuro professionale?**

Conclusioni - segue

Il nostro sistema di relazioni industriali sembra non essere in grado di distinguere tra outsourcing «cattivo» e quello «buono»...

... nel quale il lavoro viene valorizzato grazie all'innovazione tecnologica, all'acquisizione di nuove competenze spendibili su un mercato più ampio e ricco

come accade quando l'outsourcer è un grande player globale che ha nei servizi tecnologici per le aziende il proprio *core business*

La protezione del lavoro nei processi di outsourcing, anziché essere affidata al giudice secondo criteri teorici di fatto non controllabili, dovrebbe essere affidata a un filtro di serietà imprenditoriale affidato al sistema delle relazioni industriali: informazione ed esame congiunto

Grazie della vostra attenzione

Queste slides si possono scaricare dal sito

www.ichinobrugnatelli.it