

Cambio appalto è «discontinuità» organizzativa e di identità, interferenze pericolose tra art. 29, D. Lgs. n. 276/2003 e art. 2112 c.c.

di M. Palla - 1 maggio 2025

La Corte d'appello di Roma (sentenza n. 4302/2024 pubblicata il 17 gennaio 2025) viene chiamata a pronunciarsi su una vicenda relativa al subentro di un raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) ad altro RTI nella gestione del servizio delle prenotazioni delle prestazioni sanitarie (CUP) ed i servizi di front e back office presso i presidi della ASL Roma 3, avendo i lavoratori interessati eccepito vittoriosamente in primo grado l'illegittimità dei licenziamenti loro comminati in occasione del cambio appalto (con successiva riassunzione presso il nuovo appaltatore), configurandosi piuttosto in trasferimento di azienda per il combinato disposto degli artt. 29, D.Lgs. n. 276/2003 e 2112 c.c. (di poco precedente a quella in commento, si veda App. Roma n. 3856/2024, che ha invece ritenuta la discontinuità in un cambio appalto presso la stazione di Roma Termini).

I lavoratori assumevano in particolare che l'interruzione del rapporto e la stipula di un nuovo contratto alle dipendenze del nuovo appaltatore erano per essi lesive da vari punti di vista tra i quali, in primo luogo, la perdita del regime di tutela contro il licenziamento dell'art. 18, L. 300/1970, cui si accompagnava l'applicazione di un contratto collettivo peggiore e, infine, il ridimensionamento dell'anzianità di servizio non adeguatamente tutelata nella disciplina pubblica applicata all'appalto che garantiva esclusivamente il mantenimento della anzianità di servizio maturata nell'ambito dell'appalto e non quella derivante dalla originaria assunzione.

Come è noto, il terzo co. dell'art. 29 (come sostituito dall'art. 30, comma 1, L. 7 luglio 2016, n. 122) dispone che: *“L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda”*.

Il giudice d'appello si è dunque misurato con l'impugnazione proposta dalle società subentranti nell'appalto che contestavano la sentenza di primo grado sotto vari profili muovendo, intanto, da una eccezione di carenza di interesse *ad causam* avendo tutti i lavoratori sottoscritto un regolare contratto di assunzione destinato comunque ad avere efficacia anche nell'ipotesi in cui si fosse trattato di trasferimento d'azienda che comunque, a detta degli appellanti, produrrebbe pur sempre l'effetto di rendere applicabile ai lavoratori il CCNL della cessionaria, espressamente richiamato nei singoli contratti di assunzione.

La Corte, intanto, ha considerato nulli i contratti di lavoro stipulati tra le subentranti ed i lavoratori già impiegati nell'appalto, in quanto in frode alla legge costituendo violazione dell'art. 2112 c.c. e della regola inderogabile della continuità del rapporto di lavoro in essere, con mantenimento dell'intera anzianità di servizio progressa e della previgente disciplina di tutela contro i licenziamenti (art. 18, L. 300/1970 in luogo di quella del d.lgs. 23/2015).

Incidentalmente, per così dire, pare opportuno ricordare che secondo Cass. n. 3186/2019 (NGL, 2019, 216), il licenziamento causato dal trasferimento d'azienda non è nullo ma annullabile per difetto di giustificato motivo oggettivo, in quanto l'art. 2112 c.c. non pone un generale divieto di recesso datoriale, ma si limita ad escludere che la vicenda traslativa possa di per sé giustificarlo: *“ne consegue che il licenziamento intimato in vista di una futura fusione societaria – non ancora attuale al momento del recesso – concretizza l'ipotesi della manifesta insussistenza del fatto ex art. 18, co. VII, L.300/1970, nov. L. 92/2012”*. Per Cass. n. 11410/2018: *“In caso di cessione d'azienda, l'alienante conserva il potere di recesso attribuitogli dalla normativa generale, sicché il trasferimento, sebbene non possa esserne l'unica ragione giustificativa, non può impedire il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sempre che abbia fondamento nella struttura aziendale autonomamente considerata e non nella connessione con il trasferimento o nella finalità di agevolarlo; né deve ritenersi - qualora, nell'imminenza del trasferimento dell'azienda, l'imprenditore alienante receda dal rapporto di lavoro nei casi in cui detta facoltà gli sia attribuita - che nel suo esercizio in concreto l'imprenditore ponga in essere un atto emulativo o in frode alla legge, oppure in violazione dei principi di correttezza e buona fede a norma degli art. 1175 e 1375 c.c. (nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza di appello che aveva ritenuto prescritta l'azione di impugnativa del licenziamento, proposta a distanza di otto anni dalla relativa intimazione ad opera dell'azienda cedente, sul presupposto della annullabilità del recesso e non della sua nullità ex art. 2112, 4° co. c.c.)”*. Sulla reintegra presso la cessionaria del lavoratore il cui licenziamento comminato ante trasferimento sia stato annullato Cass. 3041/2012 (ADL, 2012, 1265, n. CENTAMORE).

Tornando alla pronuncia in commento, superata l'eccezione della inammissibilità dei ricorsi perché rivolti con un'entità non dotata di soggettività giuridica (il RTI) avendo invece i ricorrenti esplicitamente indicato una delle società che del “raggruppamento” faceva parte come legittimata passiva del loro *petitum*, la Corte d'Appello ha ritenuto irrilevante, ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. all'impresa subentrante in un appalto, la circostanza che il subentro sia avvenuto a seguito di accordi sindacali ed in attuazione di una norma collettiva (l'art. 4 CCNL Multiservizi nel caso di specie), come pure in attuazione di previsioni del capitolato di appalto, visto che al fine di ritenere integrata una cessione di azienda (o di un suo ramo), ciò che rileva è il tenore letterale dell'art. 29, co. 3, D.Lgs. 276/2003 a detta del quale, nell'assenza di elementi di discontinuità tra organizzazione imprenditoriale entrante e quella uscente, deve comunque ritenersi integrato un trasferimento di azienda anche se l'acquisizione del personale avvenga *“in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto”*.

D'altra parte, la CGUE ha più volte ribadito che, nell'ambito di rapporti contrattuali, la direttiva 23/2001 disciplina tutti i casi di cambiamento della persona fisica o giuridica responsabile della gestione dell'impresa, la quale assume le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti

dei dipendenti dell'impresa stessa, indipendentemente dall'esistenza di rapporti contrattuali diretti tra il cedente e il cessionario (da ultimo, CGUE, sent. 16.2.2023, Strong Charon, C-675/21, EU:C:2023:108, par. 40; CGUE, sent. 16.11.2023, NC, C-582/21, EU:C:2023:872, par. 57): *“così affermando che rientra nell'ambito di applicazione della direttiva anche la fattispecie in cui il trasferimento risulti da decisioni unilaterali delle pubbliche amministrazioni e non da un concorso di volontà”* (CGUE, sent. Strong Charon, cit. par. 58).

Costituisce poi *ius receptum* e regola più volte ripetuta anche dalla Cassazione che la fattispecie del trasferimento di azienda normata dall'art. 2112 c.c. sussiste ogni qualvolta che, rimanendo immutata l'organizzazione aziendale, vi sia soltanto la sostituzione della persona del titolare indipendentemente dallo strumento tecnico – giuridico ed anche laddove il passaggio avvenga di fatto: cfr. Cass. 12771/2012; Cass. 26808/2018 (nella specie, la stessa concedente aveva concluso due successivi contratti d'affitto della medesima azienda con due diversi affittuari e la S.C. ha ritenuto applicabile l'art. 2112 al rapporto di lavoro di una lavoratrice, impiegata presso il primo affittuario e poi, dopo la cessazione anticipata dell'attività di questi, passata alle dipendenze del secondo); Cass. 23242/2023.

Per Cass. n. 16641/2012 (RIDL 2013, II, 343, n. INGRAO) *“si configura trasferimento di azienda in tutti i casi in cui, ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'attività economica, ne muta il titolare in virtù di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio. Il trasferimento non sussiste nel caso di esercizio successivo, da parte di due imprese, della medesima attività produttiva (nella specie prosecuzione di alcuni o anche di tutti i contratti di appalto già in carico alla ditta individuale), senza alienazione del complesso dei beni”*: rileva, in particolare, *“l'oggetto specifico del contratto ossia la funzione unitaria e strumentale dei beni ceduti”*. Nella vicenda *de qua* era emerso che non vi era stato alcun trasferimento di beni – materiali o immateriali – tra una azienda e l'altra, bensì la mera cessazione dell'attività da una parte e l'inizio di un'attività analoga dall'altra.

Quanto al profilo giuridico della identificazione organizzativa e funzionale del complesso di uomini, infrastrutture e strumenti (ovvero la combinazione tra lavoro ed elementi materiali) costituente *“ramo d'azienda”* nell'accezione del 2012 c.c., affrontato dalla Corte capitolina, Cass. n. 33734/2023, richiamando il precedente di Cass. n. 11832/2014 ha stabilito che: *“un complesso di servizi - privi di struttura aziendale autonoma e preesistente che restino disomogenei per funzioni svolte e professionalità coinvolte, non integrati tra loro e privi di coordinamento unitario - non costituisce ramo d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c., senza che assuma rilievo, al fine di ravvisare un valido fenomeno traslativo, la mera decisione, assunta dal cedente, di unificare alcuni beni e lavoratori, affidando a questi un'unica funzione al momento del trasferimento, la cui considerazione in termini di sufficienza si porrebbe in contrasto sia con le direttive CE nn. 1998/50 e 2001/23 - che richiedono già prima di quest'atto "un'entità economica che conservi la propria identità" - sia con gli artt. 4 e 36 Cost., che impediscono di rimettere discipline inderogabili di tutela dei lavoratori ad un mero atto di volontà del datore di lavoro, insindacabile per l'assenza di riferimenti oggettivi”*.

Ai sensi dell'art. 2112 c.c. (come sost. dall'art. 32, D. Lgs. n. 276/2003), dunque, per ramo d'azienda deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile (sulla nozione

di “entità economica”, Cfr. CGUE sentenza 16.11.2023, NC, C-583/21, punto 60; CGUE, sentenza 27.2.2020, Grafe e Pohle, C-298/18, punto 22) CGUE sentenza 6.3.2014, Amatori e a., C-458/12, punto 31), la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità, il che presuppone, in ogni caso, una preesistente entità produttiva funzionalmente autonoma (potendo evidentemente conservarsi solo qualcosa che preesiste al passaggio), e non anche una struttura produttiva creata “*ad hoc*” in occasione del trasferimento o come tale unicamente identificata dalle parti del negozio traslativo, dovendosi ritenere preclusa l'esternalizzazione come forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate fra loro, di semplici reparti o uffici ovvero di articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza del rapporto ad una entità economica dotata di autonoma ed obiettiva funzionalità (così, *ex multis*: Cass. n. 8757/2014).

Sulla *quaestio* dell'interferenza tra fattispecie di cambio appalto e trasferimento d'azienda con conseguente applicabilità delle tutele giuridiche (continuità *rebus sic stantibus* del rapporto) ed economiche (solidarietà passiva cedente / cessionario verso il lavoratore - creditore), occorre ricordare che l'art. 29, co. 3, D.Lgs. n. 276/2003 è stato modificato dall'art. 30, L. 122/2016. La novella legislativa ha in pratica ribaltato la prospettiva precedente (per il vecchio testo dell'art. 29, il cambio di appalto non integrava un trasferimento di azienda), ed ha ritenuto operare nella vicenda del cambio appalto una sorta di presunzione di operatività dell'art. 2112 c.c. Il cambio di appalto, quindi, costituisce un trasferimento di azienda, a meno che l'organizzazione del servizio appaltato da parte della società subentrante sia caratterizzata da “*elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa*”: l'operatività dell'art. 2112 c.c., dunque, è esclusa soltanto in presenza di circostanze tali da determinare una discontinuità fra la precedente organizzazione produttiva e la nuova.

Peraltro, il nuovo rapporto regola-eccezione determina, sul piano processuale, un'inversione dell'onere della prova in ordine agli elementi costitutivi della ricorrenza di una cessione di azienda, incombendo sulla parte che la nega (in genere, l'imprenditore subentrante) la relativa prova (della sopravvenuta discontinuità).

In questa prospettiva, Cass. 27707/2024 ha individuato gli “*elementi di discontinuità*” che consentono di rinvenire una “*specificità di impresa*” tale da escludere il fenomeno successorio. Intanto, per escludere l'applicazione dell'art. 2112 c.c. l'imprenditore subentrante deve possedere un'autonoma “*struttura organizzativa e produttiva*”, con assunzione del conseguente rischio di impresa, requisiti costitutivi che, per costante giurisprudenza, distinguono l'appalto genuino dalla illegittima interposizione di manodopera; l'elemento della discontinuità d'impresa è, invece, opposto a quello della identità di impresa che si realizza, secondo orientamento della S.C. ove “*permangono gli stessi mezzi, beni e rapporti giuridici finalizzati all'esercizio stabile e continuativo dell'attività economica in forma di impresa*” (Cass. n. 17063/2015, Cass. n. 1102/2013), da accertarsi in base al complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano la specifica operazione, tra cui il tipo d'impresa, la cessione o meno di elementi materiali, la riassunzione o meno del personale, il trasferimento della clientela, il grado di analogia tra le attività esercitate (Cass. n. 17567/2020).

In termini analoghi si è espressa anche la giurisprudenza comunitaria che, per valutare la conservazione dell'autonomia funzionale di un ramo di impresa (rovesciando la prospettiva della

discontinuità rilevante per l'art. 2112 nell'ambito della disciplina dell'art. 29, co. III), ha valorizzato le circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione da esaminare, fra le quali: il tipo di impresa o di stabilimento, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività): “è il mantenimento non già della struttura organizzativa specifica imposta dall'imprenditore ai diversi fattori di produzione trasferiti, bensì del nesso funzionale di interdipendenza e complementarità fra tali fattori a costituire l'elemento rilevante per determinare la conservazione dell'identità dell'entità trasferita il mantenimento di un siffatto nesso funzionale tra i vari fattori trasferiti consente al cessionario di utilizzare questi ultimi, anche se essi sono integrati, dopo il trasferimento, in una nuova diversa struttura organizzativa al fine di continuare un'attività economica identica o analoga” (CGCE 11.3.1997, C-13/95, Suzen; CGCE 20.11.2003, C-340/2001, Abler; CGCE 15.12.2005, C-232/04 e C-233/04, Guney-Gorres e Demir; CGUE 6.9.2011, C-108/10, Scatolon; CGUE 20.7.2017, C-416/18, Piscarreta Ricardo; CGUE 13.6.2019, C-664/2017, Ellinika Nafpigeia AE; CGUE 12.2.2009, C-466/07, Klarenberg; successivamente, in conformità, CGUE 9.9.2015, C-160/2014, Ferreira).

Nell'ipotesi di una successione di due aziende nella gestione di un appalto, di conseguenza, per identificare la discontinuità dell'impresa subentrante (che abbia acquisito il personale già impiegato nell'appalto) occorre appurare se il complesso di elementi organizzativi e produttivi introdotti dal subentrante nell'appalto sia caratterizzato da profili di tale novità da interrompere il nesso funzionale di interdipendenza e complementarità precedentemente sussistente tra i fattori della produzione che consentivano l'esecuzione dell'appalto: *“L'applicazione delle tutele dettate dall'art. 2112 c.c. conseguirà tutte le volte in cui si rilevi che l'entità trasferita – senza la necessità di integrazioni di rilievo da parte dell'impresa subentrante – sia idonea ad eseguire l'appalto in tendenziali condizioni di autonomia operativa. Le modifiche organizzative apportate dall'impresa subentrante nella fase di esecuzione dell'appalto determineranno, dunque, una “discontinuità” nella misura in cui incidano sul complesso aziendale in modo tale da integrare una autonomia funzionale insufficiente la valutazione dei fattori, che attiene tipicamente all'accertamento demandato al giudice di merito, dovrà concentrarsi sulla frazione del preesistente complesso produttivo utilizzato dall'impresa subentrante al fine di comprendere se quella organizzazione funzionale rappresenti una struttura coordinata e autonomamente capace di conseguire un determinato obiettivo (l'esecuzione dell'appalto), senza necessità di rilevanti integrazioni da parte dell'impresa subentrante nell'appalto”* (così Cass. 27707/2024).

In termini, Cass. n. 19977/2024 la quale, in relazione ad un servizio di mensa, ha affermato: *“la discontinuità va accertata o esclusa con riguardo alla conservazione dell'identità dell'entità trasferita, da intendersi quale organizzazione funzionale, ovvero quale struttura coordinata autonomamente capace di conseguire un determinato obiettivo, che prosegue nel cambio di appalto, anche nel caso in cui l'assunzione dei lavoratori sia imposta dal contratto di appalto o da clausola sociale di contratto collettivo”*. La S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso che si potesse ritenere integrata una *“discontinuità”* per: l'introduzione di

nuovi piatti nel menu, la riduzione dei fornitori, la razionalizzazione dell'approvvigionamento, l'aumento delle ore di lavoro, il coordinamento dell'attività, la differente ripartizione dei turni, trattandosi di meri, ordinari interventi migliorativi del servizio.

Sempre in relazione ai servizi di mensa, si veda Trib. Milano, n. 2637/2023, che ha concluso per l'applicazione dell'art. 2112 c.c. ritendo integrata e provata una discontinuità nella gestione dell'appalto. Al contempo, interessante Trib. Terni n. 235/2023, secondo la quale: *“per escludersi la configurabilità del trasferimento di azienda, l'imprenditore deve subentrare nell'appalto con una propria struttura, sia sul piano organizzativo sia operativo, dovendosi in tal modo escludere che si trasferiscano, oltre ai dipendenti già assegnati all'appalto, anche beni e mezzi di rilevante entità utilizzati dall'appaltatore uscente; il nuovo appaltatore deve utilizzare beni e/o strumenti propri nonché utilizzare propri dipendenti oltre a quelli già precedentemente impiegati nell'appalto, ai fini dell'espletamento del servizio o dell'opera commissionata, escludendosi in tal modo un mero cambio di titolarità dell'azienda”*.

Il Tribunale ha quindi evidenziato che la subentrante aveva pressoché completamente rinnovato il complesso di beni organizzati a ciò funzionali: *“I beni utilizzati e organizzati da E. srl nell'espletamento del servizio, infatti, come emerge dalla produzione documentale, sono costituiti da quindici trattori stradali, due motrici scarrabili, due rimorchi scarrabili, diciotto semirimorchi-pianale mobile, due semirimorchi-vasca ribaltabile, cinque casse scarrabili e una pressa acquistata da F., che hanno integralmente sostituito il complesso di beni in precedenza usato dalla F. srl. (...) Parte convenuta ha, poi, provato di aver anche logisticamente organizzato il servizio in modo differente rispetto a come lo stesso era organizzato da F.”*

A chiosa di tutto ciò, discende che ai sensi dell'art. 29, co. 3, D.Lgs. n. 276/2003 come novellato dall'art. 30, L. 122/2016, l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa non costituisce trasferimento d'azienda se il complesso di elementi organizzativi e produttivi introdotti, nello specifico appalto, dal subentrante sia caratterizzato da profili di tale novità da interrompere il nesso funzionale di interdipendenza e complementarietà precedentemente sussistente tra i fattori della produzione che consentivano l'esecuzione dell'appalto.

Infine, pare opportuno ricordare Cass. n. 36152/2023 la quale ha ribadito che, nel caso di cambio di gestione dell'appalto con passaggio dei lavoratori all'impresa nuova aggiudicatrice, la conseguente azione per l'accertamento e la dichiarazione del diritto di assunzione del lavoratore presso l'azienda subentrante non è assoggettata al termine di decadenza stabilito dalla L. n. 183 del 2010, art. 32, non rientrando nella fattispecie di cui alla lett. c), riferita ai soli casi di trasferimento d'azienda, né in quella di cui alla lett. d) del medesimo articolo: *“Esso presuppone, infatti, non il semplice avvicendamento nella gestione, ma l'opposizione del lavoratore ad atti posti in essere dal datore di lavoro dei quali si invochi l'illegittimità o l'invalidità con azioni dirette a richiedere il ripristino del rapporto nei termini precedenti, anche in capo al soggetto che si sostituisce al precedente datore, o ancora, la domanda di accertamento del rapporto in capo al reale datore, fondata sulla natura fraudolenta del contratto formale”* (in termini, Cass. n. 13179/2017; Cass. n. 36944/2022).

Michele Palla, avvocato in Pisa

Visualizza il documento: [App. Roma, 17 gennaio 2025, n. 4302/2024](#)