



Tonucci & Partners

MEMO

Genuinità
dell'appalto di
servizi e nuovi
profili sanzionatori
della illecita
somministrazione
di manodopera

23 marzo 2016

L'appalto di servizi – indici di genuinità

Prendendo spunto da una recente sentenza della Commissione Tributaria di II grado di Bolzano, intervenuta in materia di intermediazione di manodopera, che ha chiaramente affermato che in caso di intermediazione abusiva, il committente che utilizza le prestazioni dei lavoratori dell'appaltatore diviene datore di lavoro e, conseguentemente, sostituito di imposta, si ripercorrono gli indici sintomatici della genuinità dell'appalto di servizi, la cui disciplina normativa è contenuta nell'art. 29, comma primo, del D. Lgs. n. 276/2003 e ss.mm., («(...) *il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa*»).

Ebbene, l'appalto - di cui all'art. 1655 del c.c. - si differenzia dalla mera somministrazione di manodopera essenzialmente sulla base di due elementi distintivi:

- l'organizzazione dei mezzi necessari;
- l'assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore.

La concorrenza di questi due principali elementi, consente di descrivere un appalto "genuino".

Organizzazione dei mezzi necessari.

Sul punto vale la pena segnalare il consolidato orientamento della giurisprudenza, secondo cui è irrilevante la componente puramente materiale nella gestione dell'appalto, in particolare in quegli appalti di servizi a *bassa intensità organizzativa*, ove è decisamente predominante l'organizzazione dei propri dipendenti ad opera dell'appaltatore.

E' il caso dei servizi di natura informatica, strutturalmente privi di materiali forniti dall'appaltatore, per i quali è spesso difficoltoso individuare non solo l'organizzazione dei mezzi necessari (a fronte dell'immaterialità del servizio fornito), ma anche l'esercizio del potere direttivo ed organizzativo, della natura della prestazione dedotta in contratto.

L'esercizio concreto ed effettivo di tali poteri da parte dell'appaltatore - quale specificazione del requisito dell'organizzazione dei mezzi necessari in presenza di particolari esigenze dell'opera o del servizio - è uno dei principali indici rivelatori della legittima corrispondenza dell'appalto ai parametri normativi. Proprio in riferimento al concetto di «*servizio*» dedotto in contratto, si precisa che questo può coincidere con qualsiasi fase del ciclo produttivo del committente, in quanto l'affermata autonomia,



sostenuta dalla prevalente giurisprudenza in materia, non è sinonimo di totale indipendenza dal ciclo produttivo dell'appaltante, ma si riferisce ad una mera differenziazione rispetto alle fasi del ciclo produttivo principale del committente.

Tale argomentazione trova riscontro nell'orientamento giurisprudenziale (per tutte, Cass. Civ. sez. lav., 23 giugno 2008, n. 17049) secondo cui negli appalti «*endoaziendali*» - caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività profondamente inerenti il complessivo ciclo produttivo del committente – è fondamentale, nella determinazione della liceità dell'appalto, il riconoscimento del soggetto effettivo titolare del potere direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, con necessaria assunzione del relativo rischio, non essendo sufficiente la semplice gestione amministrativa del personale.

Assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore

Il contratto di appalto si distingue, altresì, dalla somministrazione di lavoro «(...) *per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa*» (art. 29 del D. Lgs. n. 276/2003, primo comma, ultimo periodo). Il «*rischio*» d'impresa, è elemento costitutivo del contratto di appalto, assorbito nella causa del medesimo e si identifica concretamente nella eventualità e possibilità di non riuscire a coprire tutti i costi dei "mezzi" (macchinari, materiali e manodopera impiegata) con il corrispettivo pattuito, in considerazione del sopraggiungere di eventi in grado di far aumentare le spese da sostenere. Il concetto di rischio non è meramente tecnico-giuridico, relativo ai casi fortuiti, bensì economico, derivante cioè dall'impossibilità di stabilire a priori i costi effettivi dell'esecuzione del contratto d'appalto, con la conseguenza legittima che il soggetto appaltatore potrà incorrere in una perdita, in caso di costi superiori al corrispettivo concordato.

In tema di compenso, il criterio distintivo tra appalto genuino e semplice somministrazione di manodopera risiede proprio nel fatto che mentre in caso di appalto genuino il committente effettuerà il pagamento del corrispettivo pattuito solo a seguito della realizzazione dell'opera o del servizio dedotti in contratto; in caso di somministrazione di manodopera, il corrispettivo sarà comunque riconosciuto all'appaltatore, per il solo motivo di aver fornito la manodopera, a prescindere dal conseguimento di un risultato.

GLI INDICI RIVELATORI DELLA "GENUINITÀ" DELL'APPALTO

L'appalto può, dunque, dirsi **illecito tutte le volte in cui il suo oggetto si concretizza nel mettere a disposizione del committente mere prestazioni lavorative**, lasciando all'appaltatore solo la gestione amministrativa del rapporto, senza un'effettiva organizzazione della prestazione volta ad un risultato produttivo autonomo



Esiste un'ampia gamma di indici rivelatori della genuinità dell'appalto, tutti di derivazione prevalentemente giurisprudenziale e dottrinale, finalizzati ad accertare la conformità o meno del contratto d'appalto alle norme di legge.

Qui di seguito se ne indicano i principali:

1) Mancanza della qualifica di imprenditore del soggetto appaltatore.

E' certamente indispensabile alla genuinità dell'appalto che l'oggetto dedotto in contratto sia posto in essere da un soggetto che abbia la forma e la sostanza di un'impresa, sia dal punto di vista tecnico, che economico ed organizzativo.

Inoltre, per verificare la presenza di un'impresa fittizia, ossia priva di un'autonoma organizzazione, soccorrono ulteriori indici (sempre derivanti dall'elaborazione giurisprudenziale) quali la carente esperienza professionale dell'appaltatore nel settore di riferimento dell'appalto; la diversità dell'attività svolta dall'appaltatore rispetto a quella che il suo dipendente avrebbe dovuto eseguire presso il committente; l'inesistenza, nella compagine aziendale dell'appaltatore, di personale qualificato ed idoneo a svolgere le mansioni connesse alle attività appaltate.

2) Esercizio del potere direttivo del committente.

Come si è già detto, la riscontrata titolarità in capo al committente del potere direttivo, tipico dell'effettivo datore di lavoro, esercitato sulla effettiva esecuzione delle lavorazioni affidate allo pseudo-appaltatore, è un chiaro indice della non genuinità dell'appalto.

Al fine di rendere concretamente individuabile tale indice, si elencano alcune applicazioni pratiche desunte da numerose pronunce giurisprudenziali e riscontrabili nella prassi, tra cui: la similitudine dell'orario di lavoro tra dipendenti dell'appaltatore e quelli del committente; il pagamento delle retribuzioni dei dipendenti dell'appaltatore ad opera del committente; la presenza di un controllo diretto sui dipendenti dell'appaltatore da parte di preposti del committente; la richiesta di ferie o permessi presentata dai dipendenti dell'appaltatore direttamente al committente che decide sulla loro concessione, spingendosi anche a disporre un loro eventuale licenziamento; la valutazione degli aumenti retributivi rimessa al committente anche nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore; la scelta del numero dei dipendenti da utilizzare rimessa al soggetto appaltante.

3) Mezzi e strumenti del committente.

Rispetto a tale indice, vale la pena ribadire che non si riscontra un'ipotesi di interposizione di manodopera tutte le volte in cui il committente effettui un conferimento strumentale e di capitali minimo, necessitando, invece, che tale apporto debba essere tale da rendere totalmente irrilevante il contributo organizzativo fornito dall'appaltatore.

Detta valutazione è stata più volte affermata dalla giurisprudenza con riferimento, in particolare, al settore del terziario, in cui gli appalti - specie di



servizi - si realizzano spesso con l'utilizzo specifico e doveroso di mezzi e strutture di alto valore economico di proprietà del committente.

In tutti questi casi, l'indagine dovrà indirizzarsi a verificare l'effettiva consistenza e la non marginalità dell'apporto organizzativo dell'appaltatore.

4) Qualificazione dell'attività lavorativa.

Nell'indagine in questione, assume indubbio rilievo la natura dell'attività lavorativa resa. Pertanto, emergerà il carattere della «genuinità» dell'appalto quando l'attività posta in essere rientra tra quelle normalmente fornite dall'appaltatore, e dunque nel suo specifico oggetto sociale. L'appalto sarà genuino, altresì, nel caso in cui i lavoratori dell'appaltatore, impiegati nell'esecuzione dell'appalto, svolgano mansioni differenti da quelle dei dipendenti del committente e nelle ipotesi in cui ci sia un'effettiva distinzione nella collocazione logistica tra le due compagini lavorative, tale da scongiurare il rischio di una commistione ed interferenza di attività.

5) Quantificazione ed attribuzione del corrispettivo.

Il criterio della corresponsione della retribuzione dovuta è strettamente connesso all'assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore.

Se, infatti, il contributo dell'appaltatore è marginale e di poco conto, destinato cioè solo a coprire il costo della manodopera utilizzata senza, tuttavia, essere accreditato dal necessario potere direttivo sui dipendenti impiegati nell'appalto, questo sarà piuttosto inquadrabile nella fattispecie dell'interposizione illecita.

La connessione col rischio d'impresa si riferisce ad un corrispettivo parametrato sul costo della manodopera sostenuto dallo pseudo appaltatore e non stabilito preventivamente in maniera fissa sul risultato da raggiungere, eliminando così sin dall'origine, ogni possibile alea casualmente connessa alla natura del contratto.

Certamente, non è sinonimo di genuinità dell'appalto il caso in cui è il committente in prima persona a retribuire i dipendenti dell'appaltatore, o presunti tali, tenendo conto, inoltre, nella valutazione dell'importo da corrispondere, anche degli oneri previdenziali ed assicurativi connessi alle prestazioni rese, allo stesso modo non determina genuinità dell'appalto la determinazione del corrispettivo in base alle ore o alle giornate effettivamente lavorate dai dipendenti dello pseudo-appaltatore, dal momento che la retribuzione corrisposta secondo tale modalità viola il sinallagma contrattuale che sottende al rapporto obbligatorio in termini di «*compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro*», ai sensi dell'art.1655 c.c..

Certificazione del contratto di appalto

Accanto agli indici elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per verificare la sussistenza di un appalto o, invece, di una mera somministrazione di manodopera, il legislatore stesso fornisce uno strumento normativo, finalizzato a tale scopo, previsto all'art. 84 D. Lgs. n. 276/03, rubricato "*interposizione illecita e appalto genuino*".



Tale procedura di certificazione può essere utilizzata sia nella fase di formazione del contratto che in quella di esecuzione ed attuazione del programma contrattuale.

PROFILI SANZIONATORI

A seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 8, dal 6 febbraio 2016, una serie di illeciti in ambito giuslavoristico sono stati depenalizzati. Tra questi rientrano la somministrazione di lavoro abusiva, l'utilizzazione illecita di manodopera e l'appalto illecito. La tutela penale - prevista per dette fattispecie - ha lasciato il posto pressoché esclusivamente alle sanzioni amministrative.

Conseguentemente, è stato completamente rivisto l'apparato sanzionatorio di cui all'art. 18, del D. Lgs. n. 276/2003.

Oggi, quindi, la condotta di chi esercita attività di somministrazione di lavoro abusiva e cioè in assenza di apposita autorizzazione, originariamente punita con l'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, diviene un illecito amministrativo, punito con una sanzione amministrativa - di tipo proporzionale progressivo - pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione e la sanzione da irrogare non può, in ogni caso, essere inferiore a 5.000 euro, né superiore a 50.000 euro, in ragione dell'art. 1, commi 1, 2 e 6, D. Lgs. n. 8/2016.

Alla stessa sanzione è soggetto anche chi effettua utilizzazione illecita di manodopera, vale a dire l'impresa che impiega lavoratori facendo ricorso a soggetti non autorizzati o al di fuori dei limiti delle autorizzazioni rilasciate.

Identico quadro sanzionatorio è previsto per le ipotesi di pseudo - appalto, illecitamente posto in essere senza gli elementi di liceità e di legittimità delineati dal legislatore.

Di conseguenza, l'aver stipulato un contratto e posto in essere l'esecuzione dell'opera o lo svolgimento del servizio per un appalto illecito in assenza dei requisiti previsti dalla legge (art. 29, d.lgs. n. 276/2003), porta ora lo pseudo-committente e lo pseudo-appaltatore che hanno realizzato l'appalto illecito ad essere puniti con una sanzione pecuniaria amministrativa di tipo proporzionale progressivo pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, ma la sanzione da irrogare non può, in ogni caso, essere inferiore a 5.000 euro né superiore a 50.000 euro, in ragione dell'art. 1, commi 1, 2 e 6, del d.lgs. n. 8/2016 (art. 18, comma 5-bis, d.lgs. n. 276/2003).

Rimane, invece, di natura penale la somministrazione illecita ed abusiva e l'appalto illecito con sfruttamento di minori con applicazione della pena dell'arresto fino a 18 mesi e dell'ammenda fino a euro 300.



Lo scorso febbraio, la III sez. Penale della Corte di Cassazione (sentenza n. 10848/2016) ha annullato la sentenza della Corte d'Appello, che aveva accertato l'illiceità del distacco intercorso tra le parti, "*perchè il fatto non costituisce reato*".

Questa pronuncia si segnala poiché è la prima sentenza intervenuta all'esito della suddetta depenalizzazione. L'articolo 8 del D. Lgs. n. 8/2016 stabilisce che le sanzioni si applicano anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore, purché il procedimento penale non sia già stato definito con sentenza o decreto penale irrevocabili. Dopo l'assoluzione gli atti vanno trasmessi all'autorità amministrativa competente a ricevere il rapporto e irrogare la sanzione che, in questo caso, la Direzione Territoriale del Lavoro, ufficio periferico del ministero del Lavoro, nel cui ambito è stata commessa la violazione.

Because we care.

ITALY

Rome

Via Principessa Clotilde, 7
00196 (RM)
T +39 06 36227.1
F +39 06 3235161
mail@tonucci.com

Milan

Via Borromei, 9
20123 (MI)
T +39 0285919.1
F +39 02860468
milano@tonucci.com

Padua

Via Trieste, 31/A
35121 (PD)
T +39 049 658655
F +39 049 8787993
padova@tonucci.com

Florence

Via Gustavo Modena, 21
50121 (FI)
T +39 055 5048523
F +39 055 5532000
firenze@tonucci.com

Brescia

Corso Matteotti, 46
25122 (BS)
T +39 030 2942095
F +39 030 2942095
brescia@tonucci.com

Prato

Via Giuseppe Valentini, 8/A
59100 (PO)
T +39 0574 29629
F +39 0574 604045
prato@tonucci.com

ALBANIA

Tirana

Torre Drin - Rruga Abdi Toptani
1001 (TR)
T +355 (0) 4 2250711/2
F +355 (0) 4 2250713
tirana@tonucci.com

ROMANIA

Bucharest

Str. Academiei 39 - 41
Sc.A Etaj 2, Birou 2.1, Sector 1
010013
T +40 31 4254030/1/2
F +40 31 4254033
bucharest@tonucci.com

SERBIA

Belgrade

Bulevar Kralja
Aleksandra 298a
11000
T +381 11 6149183
F +381 11 6149184
belgrado@tonucci.com