

*Riflessione su Corte d'Appello
di Torino n. 26/2019*

Avv. Ornella Patanè

11 giugno 2019

«L'art. 2 del D. Lgs. 81/2015 individua un terzo genere che si viene a porre tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 c.c. e la collaborazione come prevista dall'articolo 409 n. 3 c.p.c.» terzo genere che si caratterizza per:

I. Etero-organizzazione

I. Continuatività

Sono davvero elementi qualificativi di un tipo giuridico nuovo?

Art. 2, comma 1 Collaborazioni organizzate dal committente

«A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro». Prestazione - esclusivamente personale - continuativa - organizzata dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro **Nb** - devono sussistere tutti e tre gli elementi (Circ. Min. Lav. 3/2016)

Art. 2, comma 2 Eccezioni

- **accordi collettivi nazionali** in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore
- **professioni intellettuali con albi professionali**
- amministratori, sindaci e partecipanti a collegi e commissioni
- collaborazioni con associazioni e società sportive dilettantistiche e con Enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI
- **pubbliche amministrazioni**

Etero-organizzazione

«Pur senza “sconfinare” nell’esercizio del potere gerarchico, disciplinare (che è alla base della etero-direzione) la collaborazione è qualificabile come etero-organizzata quando è ravvisabile **un’effettiva integrazione funzionale del lavoratore nella organizzazione produttiva del committente**, in modo tale che la prestazione lavorativa finisce con **l’essere strutturalmente legata a questa** (l’organizzazione) e si pone come un qualcosa che va oltre alla semplice coordinazione di cui all’articolo 409 n. 3 c.p.c. poiché qui è **il committente che determina le modalità della attività lavorativa svolta dal collaboratore**».

Etero-organizzazione

- I. Esercizio del potere gerarchico-disciplinare-direttivo che caratterizza il rapporto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c.
- I. L'etero-organizzazione in cui è il committente che determina le modalità dell'attività lavorativa svolta dal collaboratore
- I. La collaborazione coordinata ex art. 409 n. 3 c.p.c. in cui è il collaboratore che pur coordinandosi con il committente organizza autonomamente la propria attività lavorativa



L'etero-direzione

Premesso che ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato sia di rapporto di lavoro autonomo, a seconda delle modalità del suo svolgimento, costituisce 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, il quale discende dall'emanazione di ordini specifici, oltre che dall'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e di controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative e che elementi quali l'assenza del rischio, l'osservanza di un orario e la cadenza e la misura fissa della retribuzione assumono natura meramente sussidiaria e non decisiva (Cass. 17 giugno 2010, n. 14639)

Il coordinamento

Si configura un rapporto di lavoro autonomo, con conseguente esclusione della subordinazione, nel caso di prestazione lavorativa svolta con **modalità discontinue e con estrema variabilità dei compensi corrisposti**, non rilevando in senso contrario né la compilazione del c.d. time sheet (funzionale solo alla determinazione dei compensi), né il fatto che il committente o i suoi preposti impartissero, attraverso messaggi di posta elettronica, direttive di condotta, risultando queste ultime di carattere strettamente tecnico e non vincolante (Cass. 29 ottobre 2014, n. 23021)

Il coordinamento

In tema di distinzione tra rapporto di lavoro subordinato e rapporto di lavoro parasubordinato, **l'organizzazione del lavoro attraverso disposizioni o direttive - ove le stesse non siano assolutamente pregnanti ed assidue**, traducendosi in un'attività di direzione costante e cogente atta a privare il lavoratore di qualsiasi autonomia - costituisce una modalità di coordinamento e di eterodirezione propria di qualsiasi organizzazione aziendale e si configura quale semplice potere di sovraordinazione e di coordinamento, di per sé compatibile con altri tipi di rapporto, e non già quale potere direttivo e disciplinare, dovendosi ritenere che quest'ultimo debba manifestarsi con ordini specifici, reiterati ed intrinsecamente inerenti alla prestazione lavorativa e non con mere direttive di carattere generale, mentre, a sua volta, la potestà organizzativa deve concretizzarsi in un effettivo inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale e non in un mero coordinamento della sua attività (Cass. 22 dicembre 2009, n. 26986)

Il fatto che il committente determini modalità di esecuzione dell'attività è elemento comune a molti contratti tipici, quali:

- Contratto di agenzia, art. 1746 c.c.
- Contratto di appalto, art. 1662 c.c.
- Contratto di trasporto, art. 1685 c.c.
- Contratto di mandato, art. 1711, comma 2, c.c.
- Contratto di spedizione, art. 1739 c.c.
- Contratto di prestazione d'opera, art. 2224 c.c.

Quindi non può essere un elemento di qualificazione della fattispecie o di un tipo.

Nel caso dei riders, in ogni caso, manca una tale organizzazione da parte del committente.

La Corte d'Appello, infatti, prima riconosce che la committente «poteva disporre della prestazione lavorativa degli appellanti solo se questi decidevano di candidarsi a svolgere l'attività nelle fasce orarie (slot) stabilite» dalla società e che questa «non aveva il potere di imporre ai riders di lavorare nei turni in questione o di non revocare la disponibilità data».

La Corte d'Appello poi ritiene decisivo al fine della riconduzione della fattispecie all'art. 2 D. Lgs. 81/2915 che «gli appellanti lavoravano sulla base di una turnistica stabilita dall'appellata», che «erano determinate dalla committente le zone di partenza ... e i tempi di consegna erano predeterminati (30 minuti dall'orario indicato per il ritiro del cibo)».

In realtà, sulla base di quanto rilevato dalla stessa sentenza della Corte d'Appello e da quella del Tribunale anche le zone di partenza e di attesa erano liberamente scelte dai riders tra quelle indicate dalla committente e che, i ciclofattorini potevano, pur dopo aver dato la disponibilità del turno, non presentarsi per rendere la prestazione e, dunque, conservavano una sovranità piena sulla determinazione dei tempi di lavoro e non lavoro. Inoltre, anche gli altri profili esecutivi della prestazione (quali il vincolo dei 30 minuti) evocano semmai l'esistenza di un coordinamento necessario con l'organizzazione e le esigenze della committente e le caratteristiche del prodotto, ma non provano una compiuta etero-organizzazione né che i tempi ed il luogo fosse unilateralmente stabilito dal committente.

Continuatività

La continuatività «va quindi intesa da un lato come non occasionalità e dall'altro, riguardo alla esecuzione della prestazione, come svolgimento di attività che vengono (anche se intervallate) reiterate nel tempo al fine di soddisfare i bisogni delle parti».

- 1) Continuatività attiene alla struttura di una obbligazione ed è elemento caratteristico sia dei rapporti di lavoro subordinato sia dei rapporti di lavoro autonomo.
- 2) Non occasionalità = professionalità
Professionalità = presenza di obbligazione
Ne consegue che se manca un'obbligazione, perché il prestatore è libero di svolgere la prestazione se vuole, come nel caso di specie, non si può mai essere di fronte ad una prestazione né continuativa né periodica.
- 3) La reiterazione nel tempo di per sé non ha alcun valore

Continuatività

La continuatività «è tratto, anche questo, tipico del lavoro subordinato ma non incompatibile con il lavoro autonomo e caratteristica propria delle co.co.co di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.; di per sé quindi si tratta di un elemento non dirimente per la qualificazione del rapporto nell'area della subordinazione o dell'autonomia, anche parasubordinata. Ai fini della norma in esame, la continuatività deve peraltro intendersi come non occasionalità e dall'altro, riguardo alla esecuzione della prestazione, come svolgimento di attività che vengono (anche se intervallate) reiterate nel tempo al fine di soddisfare i bisogni delle parti».

La continuatività, in senso giuridico, non è la mera reiterazione nel tempo della prestazione (il solo decorso del tempo, in sé e per sé non ha alcun valore giuridico), ma deve essere intesa come il permanere nel tempo dell'obbligazione di rendere la prestazione dedotta in contratto.

Quindi, nel caso di specie, l'obbligazione è del tutto assente. La reiterazione, di cui la Corte d'Appello neanche specifica la frequenza, è del tutto irrilevante, perché non sostenuta da una obbligazione sottostante.

Manca la continuatività in senso tecnico-giuridico ovvero la messa a disposizione della propria prestazione a favore del datore di lavoro che comporta l'obbligo di rispondere a qualsiasi chiamata e di svolgere qualsiasi prestazione.

Quindi la fattispecie dell'art. 2 D. Lgs. 81/2015 è davvero un terzo o quarto genere?

Probabilmente no, perché le caratteristiche indicate nella norma non sono elementi qualificativi di una fattispecie giuridica di un tipo contrattuale autonomo da quelli già esistenti.

A prescindere da come poi è stata regolata da alcune società, da un punto di vista civilistico, non esiste un contratto di lavoro (autonomo) tra piattaforma e prestatore d'opera, ma solo un contratto (d'opera, di trasporto, o altro) tra il cliente ed il prestatore d'opera, concluso per effetto dell'attività di mediazione svolta dalla piattaforma.

Contratto di mediazione

Art. 1754 c.c.: «È mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza»

Quindi, se non vi fosse alcun contratto di lavoro autonomo tra la piattaforma ed il fornitore della prestazione lavorativa, la piattaforma agirebbe come un mediatore professionale, cioè un imprenditore, che non ha rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza con una delle parti (l'esecutore della prestazione). Il contratto intermediato (di trasporto, d'opera, di appalto, di somministrazione, di agenzia, ecc.) sarebbe quindi un rapporto esclusivamente tra il cliente ed il prestatore d'opera o l'appaltatore ecc. per la stipulazione del quale la piattaforma riceve una provvigione (anche da una sola delle parti).

Economia collaborativa: «modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati. L'economia collaborativa coinvolge tre categorie di soggetti: i) i **prestatori di servizi** che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale ("pari") sia prestatori di servizi nell'ambito della loro capacità professionale ("prestatori di servizi professionali"); ii) gli **utenti** di tali servizi; e iii) gli **intermediari** che mettono in comunicazione — attraverso una piattaforma online — i prestatori e utenti e che agevolano le transazioni tra di essi ("piattaforme di collaborazione")».

Le piattaforme sono mere intermediarie.

Il livello di controllo o di influenza che la piattaforma di collaborazione può esercitare sul prestatore di tali servizi è in genere il fattore determinante e può essere definito alla luce dei seguenti criteri chiave.

Prezzo: la piattaforma di collaborazione stabilisce il prezzo finale che dovrà essere pagato dall'utente, in quanto destinatario del servizio sottostante? Nei casi in cui la piattaforma di collaborazione si limita a raccomandare un prezzo o il prestatore dei servizi sottostanti è libero di adeguare il prezzo fissato da una piattaforma di collaborazione, ciò indica che questo criterio può non essere soddisfatto;

Altre condizioni contrattuali fondamentali: la piattaforma di collaborazione stabilisce i termini e le condizioni, diversi dal prezzo, che definiscono la relazione contrattuale tra il prestatore di servizi sottostanti e l'utente (es. istruzioni vincolanti per la fornitura del servizio o obbligo di prestare il servizio);

Proprietà dei beni essenziali: la piattaforma di collaborazione possiede i beni essenziali usati per fornire il servizio sottostante;

La piattaforma di collaborazione sostiene le spese e si assume tutti i rischi connessi alla prestazione del servizio sottostante.

Tuttavia, in generale, più le piattaforme di collaborazione gestiscono e organizzano la selezione dei prestatori dei servizi sottostanti e il modo in cui tali servizi sono forniti — ad esempio verificando e gestendo direttamente la qualità di tali servizi — più diventa evidente che la piattaforma di collaborazione potrebbe essere considerata anche come prestatrice dei servizi sottostanti stessi.

L'offerta di meccanismi di valutazione e recensione da parte degli utenti non costituisce, di per sé, la prova di un'influenza o di un controllo significativi

(34) ... un **servizio d'intermediazione** consistente nel mettere in contatto un conducente non professionista che utilizza il proprio veicolo e una persona che intende effettuare uno spostamento in area urbana **costituisce**, in linea di principio, **un servizio distinto dal servizio di trasporto** che consiste nell'atto fisico di trasferimento di persone o di beni da un luogo ad un altro tramite veicolo.

(35) Pertanto, **un servizio d'intermediazione** che consenta la **trasmissione, mediante un'applicazione per smartphone**, delle informazioni relative alla prenotazione di un servizio di trasporto tra il passeggero ed il conducente non professionista che, usando il proprio veicolo, effettuerà il trasporto soddisfa, in linea di principio, i criteri per essere qualificato «servizio della società dell'informazione» ... (cioè) «un servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi».

Conclusioni Avvocato Generale 30 aprile 2019

Airbnb contesta il fatto di esercitare l'attività di agente immobiliare e ritiene di poter essere qualificata come società dell'informazione ai sensi dell'art. 1, lettera b) della direttiva 2015/1535, beneficiando in tal modo della libera circolazione dei servizi.

L'elemento discrezionale è:

- Il controllo esercitato sulle condizioni della prestazione dei servizi

Approvata il 16 aprile 2019 la Direttiva dell'UE su diritti minimi e condizioni di lavoro trasparenti per i lavoratori europei, quale primo provvedimento attuativo del Pilastro europeo dei diritti sociali (Göteborg, 17 novembre 2017)

I diritti affermati nella Direttiva saranno applicabili «*a tutti i lavoratori dell'Unione che hanno un **contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro**, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia*», oltre che, ai sensi dell'ottavo considerando, a «*i lavoratori domestici, i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti (...) **i lavoratori tramite piattaforma digitale***», **a condizione che soddisfino i criteri stabili dalla Corte di Giustizia** - senonché, lo stesso considerando afferma che «*i lavoratori effettivamente autonomi non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva*»

GRAZIE