

Approfondimenti

Principi comunitari e legislazione italiana

Cambio di appalto: le nuove norme

Eufranio Massi – Esperto in diritto del lavoro

Sulla G.U. dell'8 luglio 2016 è stata pubblicata la legge comunitaria per il corrente anno che, con il n. 122, è entrata in vigore il 23 luglio. Si tratta di disposizioni di vario contenuto emanate per ottemperare a Direttive o sentenze comunitarie ma anche a prevenire procedure di infrazione: l'unica norma che riguarda la materia lavoro è inserita nell'art. 30 e riscrive il comma 3, art. 29, D.Lgs. n. 276/2003 il quale, nella vecchia stesura, escludeva l'applicazione dell'art. 2112 c.c. in tutte quelle ipotesi in cui il personale passava alle dipendenze di un altro appaltatore in presenza di norme dettate dalla legge, dalla contrattazione collettiva o dal bando di gara.

Ma perché si è arrivati all'attuale testo (che tra poco sarà oggetto di riflessione) e, soprattutto, perché la Commissione europea ha indirizzato i propri strali contro l'Italia?

Cominciamo da quest'ultima che aveva avviato una procedura di pre-infrazione, sostenendo come il comma 3, art. 29 fosse in aperto contrasto con i principi della Direttiva n. 2001/23/Ce che disciplinano il trasferimento di azienda: secondo tale organismo la legge italiana non può escludere dalla disciplina di tutela prevista per i lavoratori nelle ipotesi di trasferimento di azienda (o ramo di essa), tutte quelle casistiche ad esso assimilabili come, ad esempio, i cambi di appalto.

Il Governo, presentando al Parlamento il disegno di legge comunitaria, aveva adottato, "tout court" una norma del tutto ottemperante alla richiesta della Commissione, prevedendo l'abrogazione esplicita del comma 3: le Camere sono state di diversa opinione ed hanno elaborato l'attuale testo che cerca di contemperare da un lato, i principi comunitari e, dall'altro, di salvare la normativa sui cambi di appalto. Il dubbio che tale nuova norma sia sufficiente ad accontentare la Commissione resta ma, al momento, non rimane che prendere atto di quanto stabilito dal legislatore e di commentarlo.

D.Lgs. n. 276/2003, art. 29, c. 3

Afferma il nuovo comma 3, art. 29 "L'acquisizione del personale già impegnato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale o di clausola del contratto di appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento di azienda o di parte di azienda". Da ciò si deduce che il legislatore, a determinate condizioni, salva gli appalti e li ritiene ugualmente meritevoli di autonoma regolamentazione giuridica.

Due nuovi criteri interpretativi

Le modifiche introdotte, rispetto al vecchio testo consistono, essenzialmente, in due nuovi criteri che "salvano" l'appalto: "l'autonoma struttura organizzativa e produttiva" e gli "elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa". Si tratta di criteri che debbono sussistere insieme e che, al di là delle parole andranno coniugati "nel concreto" dando, probabilmente, in caso di contenzioso giudiziario, luogo ad interpretazioni non univoche. Al momento, però, si può affermare che se non si è in presenza di una vera e propria autonomia imprenditoriale, tale da consentirgli di onorare con le nuove risorse il contratto acquisito, se, rispetto al precedente appaltatore, non sono presenti elementi di effettiva discontinuità (che appare una caratteristica soggettiva con una qualche problematicità laddove è forte il peso della componente "manodopera") non si potrà parlare di cambio di appalto ma di successione e di piena applicazione dell'art. 2112 c.c. che riguarderà tutti i dipendenti in forza presso l'azienda cessionaria, ivi compresi quelli assunti negli ultimi mesi con lo scopo di "gonfia-

re” gli organici in quanto si ha il fondato sospetto di dover perdere l'appalto.

Da ciò discende che, ad esempio, in caso di cambio di appalto il rapporto inizia *ex novo* con il nuovo imprenditore con la possibilità di un diverso trattamento contrattuale ed una possibile diversa tutela in caso di licenziamento, mentre, nella seconda ipotesi, abbiamo il mantenimento di tutte le prerogative scaturenti dalla prosecuzione del rapporto, senza soluzione di continuità, con il nuovo datore.

C'è, tuttavia, da sottolineare come molti contratti collettivi stabiliscano, in caso di cambio di appalto, alcune disposizioni particolari come, ad esempio, quella che prevede l'esonero dal periodo di prova, per i lavoratori neo assunti ed il mantenimento della tutela *ex art.* 18, legge n. 300/1970, come dimostrano alcuni recenti accordi tra i quali quello della ristorazione autostradale sottoscritto tra la Fipe - Confcommercio e le sigle di settore di Cgil, Cisl e Uil.

La dizione operata dal legislatore, lungi dal rappresentare un elemento di chiarezza, potrebbe avere effetti anche sulle clausole contrattuali, determinandone una criticità di un certo spessore, laddove, ad esempio, prevedono *sic et simpliciter* un cambio di appalto pur in presenza di situazioni “labour intensive” che difficilmente rispondono ai requisiti previsti dal nuovo art. 29, comma 3.

Una breve riflessione si ritiene necessaria sui due requisiti richiesti, in contemporanea, dal legislatore, alla luce di alcuni appalti in settori non secondari. Ci si riferisce, ad esempio, alla macellazione ove si fa, ad avviso di chi scrive, fatica a parlare di discontinuità o di autonoma struttura organizzativa e produttiva, atteso che i lavoratori (e, sovente, anche i “capi” che organizzano) continuano a prestare la propria attività negli stessi locali e strutture e, probabilmente, l'unica cosa che cambia è la proprietà dei coltelli necessari per il disosso e le altre attività complementari.

Un discorso, pressoché analogo, si può fare per il cambio del gestore nelle mense aziendali ove, nella sostanza, chi subentra, potrebbe agire soltanto sulla “qualità” del cibo fornito (peraltro, in sede di contenzioso, tutto da dimostrare), atteso che, sovente, il vettovagliamento è di proprietà della stessa struttura aziendale ospitante.

Indubbiamente, in caso di contenzioso, la disamina del giudice riguarderà i due criteri interpretativi introdotti dal legislatore e l'analisi dovrà esse-

re effettuata sia alla luce dell'art. 2112 c.c. che del nuovo comma 3, art. 29.

Cambio di appalto o cessione d'azienda

Si ritiene, a questo punto, necessario valutare alcune conseguenze sul rapporto di lavoro sia per il datore di lavoro che per i dipendenti qualora si verifichi un cambio di appalto o una cessione di azienda: ci si riferisce, soprattutto con riferimento all'imprenditore “cedente”, ad una serie di questioni che afferiscono alle modalità di cessazione dei rapporti.

L'art. 4-*bis*, legge n. 31/2008 esclude dalla applicazione della procedura di riduzione collettiva *ex art.* 24, legge n. 223/1991 i lavoratori che passano alle dipendenze del nuovo appaltatore con il mantenimento delle condizioni economiche e normative scaturenti dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Per quel che riguarda, invece, i licenziamenti individuali occorre ricordare che per effetto del comma 7, art. 7, legge n. 604/1966, riformato, da ultimo, dalla legge n. 99/2013 (che si applica ai lavoratori assunti fino al 6 marzo 2015), il legislatore, richiamando il comma 2, art. 34, legge n. 92/2012, esclude dal tentativo obbligatorio di conciliazione quei lavoratori (fino ad un massimo di quattro unità) dipendenti da imprese dimensionate oltre le quindici unità, licenziati in conseguenza della cessazione dell'appalto che vengano riassunti dal nuovo appaltatore in esecuzione di una clausola sociale contenuta in un contratto collettivo che presenti le caratteristiche sopra evidenziate.

Per i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, per i quali vige, in caso di licenziamento il D.Lgs. n. 23/2015 (articoli 2 e 3) sulle c.d. “tutele crescenti”, si applica a livello conciliativo, peraltro facoltativo, l'art. 6 che postula, ad accettazione del provvedimento, una somma esente da Irpef già indicata dal legislatore delegato sulla base dell'anzianità aziendale e che, per quel che riguarda i lavoratori impiegati nell'appalto, tiene conto di tutto il periodo maturato su quel posto di lavoro, pur essendo stati dipendenti, in passato, da altri imprenditori.

Va, inoltre, ricordato che, per effetto della previsione contenuta nella legge n. 21/2016, fino al prossimo 31 dicembre non è dovuto dal datore di

Approfondimenti

lavoro che effettua un licenziamento al quale segue la nuova assunzione, il contributo di ingresso alla NASpI.

Agevolazioni per le nuove assunzioni

Una riflessione si rende necessaria anche ai fini delle agevolazioni connesse alle nuove assunzioni o alle prosecuzioni dei rapporti *ex art.* 2112 c.c.: l'esonero contributivo biennale previsto dal comma 178, art. 1, legge n. 208/2015 spetta sia a seguito di cambio di appalto (comma 181) se il precedente datore ha usufruito del beneficio (ovviamente, per i mesi residui e nel rispetto delle condizioni oggettive e soggettive) che a seguito di cessione di azienda o parte di essa come affermato dalla circolare Inps n. 57 del 29 marzo 2016.

Ovviamente, nulla spetta se l'assunzione avviene *ex novo* ed il vecchio datore non usufruiva dell'esonero biennale, in quanto la condizione base, fondamentale per ottenere il beneficio, consiste nell'assenza di un rapporto a tempo indeterminato nei sei mesi antecedenti (il legislatore e l'Inps ne chiedono anche altre, ma non è il caso di allargare la riflessione in questa sede).

Mancata previsione della clausola sociale

A questo punto si pone un'altra questione: quella dell'imprenditore che applica un Ccnl ove non

viene prevista la c.d. "clausola sociale", ove non c'è una norma di legge che lo imponga (al momento, sussiste per i lavoratori dei call center per effetto dell'art. 1, comma 10, legge n. 11/2016) e non c'è un bando pubblico che lo preveda (cosa possibile se si è in presenza di un appalto del settore privato). È chiaro che, stando al tenore letterale della norma, nel caso di specie non potrà che trovare applicazione l'art. 2112 c.c.

La questione maggiore, però, si pone per il datore di lavoro cedente che viene a trovarsi in organico lavoratori impegnati su quell'appalto che il nuovo appaltatore non intende assumere perché, ad esempio, il proprio Ccnl non prevede la clausola sociale: è pur vero che, oggi, l'art. 2112 c.c. tutela il lavoratore impiegato sull'appalto ma è anche vero che ciò avverrà, probabilmente, alla fine di un contenzioso. Il datore di lavoro, quindi, non potrà che procedere alla risoluzione del rapporto per giustificato motivo oggettivo seguendo, a seconda dei casi, l'*iter* previsto dall'art. 18, legge n. 300/1970, dall'art. 3, Decreto legislativo n. 23/2015 o dall'art. 2, legge n. 108/1990 o, qualora i recessi siano almeno cinque e l'organico sia dimensionato oltre i quindici dipendenti, aprendo una procedura di riduzione di personale *ex lege* n. 223/1991.