



Relazioni industriali

Cambio d'appalto e trasferimento d'azienda

di Pietro Rizzi, Relazioni Industriali Angem



Con la pubblicazione della c.d. Legge Europea 2015-2016 in Gazzetta Ufficiale n. 158 dell'8 luglio 2016 è stato modificato l'art. 29, comma 3 del D. Lgs. 276/2003 (c.d. Legge Biagi), che differenziava per certi versi

l'istituto del cambio d'appalto rispetto al trasferimento d'azienda o ramo di esso ex art. 2112 c.c..

La modifica in prima istanza proposta dal Governo, finalizzata a soddisfare i rilievi mossi dalla Commissione Europea (EU Pilot 7622/15/EMPL), prevedeva l'abrogazione *tout court* del comma, di fatto eliminando un istituto, quello del cambio di appalto, riconducendolo al trasferimento d'azienda o ramo di esso. L'azione combinata di alcune associazioni di categoria del settore servizi, prime fra tutte Angem, ha ottenuto il risultato di emendare la legge che d'ora in poi prevede che *l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa ed operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola di contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinino una specifica identità di impresa, non costituisca trasferimento d'azienda o di parte di essa.*

Gli antieuropeisti ne hanno fatto uno slogan: spesso nel recepimento di direttive europee ci viene imposto di adattarci a regole europee. Abbiamo letto di normative che obbligavano a produrre tosaerbe non troppo rumorosi, vongole di un tal diametro per essere commercializzate, banane di lunghezza predefinita. Ora è il turno del cambio di appalto.

Ma questo, è bene sottolinearlo, ha una sua logica poiché le "politiche sociali" sono di competenza dell'Unione Europea ed essa ha l'obbligo di avvicinare il più possibile le normative dei vari Stati membri.

In Europa, prima con la direttiva 77/187/CEE del 14 febbraio 1977 e successivamente con la direttiva 2001/23/CEE del 12 marzo 2001 il Consiglio Europeo aveva cercato di dare delle linee guide in merito al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di *transfer of undertaking and business*. Tale espressione è stata tradotta in *trasferimento d'impresa, di stabilimenti e parti di essi*, senza quindi considerare il *cambio d'appalto* che, per la legislazione comunitaria e, va detto, anche per molti Stati europei non





esiste. Ed è proprio qui che è nato il problema poiché la Corte di Giustizia europea si è in seguito trovata di fronte a casi in cui stabilire, dopo che il magistrato interno non ci era riuscito o aveva chiesto l'aiuto di Bruxelles, cosa fosse trasferimento d'azienda e cosa no (vedi i procedimenti C-127/96, C-229/96, C-74/97, C-458/05).

La Commissione, a questo punto, ha ritenuto opportuno bacchettare l'Italia, chiedendo che la situazione fosse maggiormente chiarita e che l'articolo 29, comma 3 della Legge Biagi fosse modificato, minacciando l'apertura di una procedura d'infrazione che il Governo italiano ha così voluto bloccare sul nascere.

La vecchia norma, un caso di (parziale) successo

La vecchia norma nello stabilire che *l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola di contratto d'appalto, non costituisca trasferimento d'azienda o di parte di essa* era estremamente chiara e nei fatti riconosceva quanto già previsto dalle c.d. clausole sociali contenute nei contratti collettivi o nei vari capitolati. Proprio per favorire da un lato il mantenimento dei livelli occupazionali e, dall'altro, la libertà di impresa di cui all'art. 41 della Costituzione, nel 2003 il Governo, in funzione di legislatore, aveva scelto di riconoscere che fossero le Parti Sociali o il Committente a stabilire come dovesse essere gestita la fase di transizione tra un appaltatore uscente ed uno subentrante e che quindi non dovesse considerarsi l'istituto del trasferimento d'azienda, più rigido del cambio di appalto, in caso di acquisizione del personale precedentemente impiegato.

Negli anni tale norma è diventata vivente e ha prodotto, eccezion fatta per alcuni limitati casi di contenzioso e numerosi scontri tra impresa uscente e subentrante, effetti positivi e risposto alle esigenze delle parti in causa.

La nuova norma, un caso di (futura) incertezza

Se fosse passata la linea governativa sarebbe sparito completamente l'istituto, mai realmente codificato, del cambio d'appalto. Con la nuova formulazione, invece, il concetto giuridico permane ma vengono introdotti due requisiti specifici che si devono verificare contemporaneamente: il nuovo appaltatore, ovvero il cessionario, dovrà disporre di una propria struttura organizzativa ed operativa e dovranno inoltre essere presenti elementi di discontinuità che determinino una specifica identità di impresa.

Ma il dubbio sta proprio qui: chi potrà stabilire se tali requisiti saranno verificati? Qualora dovesse essere la magistratura, in sede di



contenzioso, saremmo di fronte al fallimento della norma che, invece di semplificare la questione, la renderebbe molto più complessa.

Per quanto riguarda la “struttura organizzativa ed operativa” del cessionario la questione appare di facile interpretazione, poiché in presenza di un’impresa strutturata, quali quelle che hanno accesso a gare di appalto di servizi di rilevanza comunitaria, non dovrebbero esserci molti dubbi sul rispetto del requisito. Più complessa risulta invece l’analisi degli elementi di discontinuità che determinino una specifica identità di impresa. In questo caso la verifica potrebbe essere sia su un piano giuridico-formale sia su un piano sostanziale; nel primo caso sarebbe sufficiente la modifica dell’organigramma, e soprattutto l’individuazione di figure, nuove nell’appalto ed emanazione diretta dell’impresa subentrante, con funzioni di direzione esecutiva, coordinamento e controllo, ovvero di lavoratori con responsabilità di coordinamento tecnico e funzionale nei confronti di altri lavoratori. Diverso sembra invece il piano sostanziale, che solo la giurisprudenza potrebbe definire e che potrebbe risultare dall’analisi dei mutamenti nelle modalità del servizio e delle tecnologie produttive.

Certo ciò apre profili di incertezza, inesistenti in precedenza, ma che rischiano di arrecare gravi danni all’intero sistema qualora le Parti Sociali non sappiano garantire una certa continuità col metodo finora utilizzato, e che si era rilevato in grado di garantire i livelli occupazionali, di fatto superando nei tempi l’intervento comunitario.

Risulta altresì indubbio che il Governo, qualora si accorgesse di aver aperto un vaso di Pandora, potrebbe arginare i rischi in vari modi. Appare difficile un’ulteriore modifica del testo entrato in vigore il 23 luglio scorso, ma non si può escludere l’affidamento alla contrattazione collettiva del compito di stabilire i criteri di esclusione dell’art. 2112 c.c. o addirittura un intervento attraverso Decreto Ministeriale che individui in maniera la più oggettiva possibile che cosa si debba intendere per “propria struttura organizzativa e operativa” ed “elementi di discontinuità che determinino una specifica identità di impresa”.

E la confusione non finisce qui...

La nuova norma per certi versi si pone in contrasto con l’art. 7 del D.lgs 23/2015 (c.d. Jobs Act) su contratti a tutele crescenti, che proprio al contratto a tutele crescenti riconduce la fattispecie del cambio di appalto. La normativa fa riferimento di conseguenza ad assunzioni *ex novo* che si oppongono alla continuazione del rapporto preesistente, come invece sarebbe in caso di trasferimento d’azienda o ramo di essa.



Ma anche in caso di risoluzione del rapporto di lavoro a seguito di subentro di un nuovo appaltatore ci troveremmo di fronte ad un vero e proprio scontro tra indirizzi differenti: infatti ai sensi dell'art. 7, comma 4 bis, della L. 31/2008 *l'acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto, a seguito del subentro di un nuovo appaltatore, non comporta l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223 e ss.mm.ii., in materia di licenziamenti collettivi, nei confronti dei lavoratori riassunti dall'azienda subentrante.*

I licenziamenti comunicati a seguito di cessazione di un appalto sono quindi considerabili come licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo, come più volte ribadito dal Ministero del Lavoro (confronta, tra gli altri, la Circolare Ministero del Lavoro L/01 del 28 maggio 2001 e l'Interpello Ministero del Lavoro n. 22/2012) e appare logico che la perdita di un appalto di servizi non possa essere ricondotta a situazioni tipiche di sospensione del lavoro o riduzione del personale per situazioni temporanee di mercato né ad ipotesi di ristrutturazione o crisi aziendale quanto, piuttosto, ad un turn over assolutamente "fisiologico". Ecco dunque che l'eliminazione, per quanto concerne gli appalti di servizi, del concetto di "cambio di appalto" porterebbe una volta di più condizione di incertezza per l'impresa uscente che potrebbe avere dubbi sulle modalità da seguire per la risoluzione dei rapporti di lavoro col personale operante sull'appalto.

La norma quindi, pur con obiettivi validi ed *europaisticamente* giustificati, interviene a freddo nel nostro sistema con il rischio di portare più problemi che soluzioni, tanto ai lavoratori quanto alle imprese.

PER AVERE INFORMAZIONI
SULLE RELAZIONI INDUSTRIALI
CONTATTARE LAVORO@ANGEM.IT

