

CAMBIO APPALTO E RAPPORTI DI LAVORO NELLA “LEGGE EUROPEA 2015-2016”

1. Premessa: la L. n. 122/2016 e le modifiche all’art. 29 del d.lgs. n. 276/2003.

L’art. 30 della legge 7 luglio 2016, n. 122, recante «*Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione Europea*», in vigore dal 23 luglio scorso, ha riformato il comma 3 dell’art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (c.d. «*Decreto Biagi*»). La nuova norma ha introdotto delle novità in materia di c.d. «*cambio appalto*», quando cioè si verifica la successione di un imprenditore ad un altro nella gestione, con propria organizzazione, di uno specifico servizio in affidamento.

La modifica legislativa è stata stimolata dall’intervento della Commissione dell’Unione Europea, la quale ha segnalato al Governo italiano che il vecchio testo del comma 3 dell’art. 29 confliggeva con i principi della Direttiva 2001/23/CEE (la quale prende in esame tutte quelle ipotesi in cui, mutando il titolare dell’impresa, muta anche il datore di lavoro). Secondo le istituzioni comunitarie, la disciplina italiana sul cambio appalto, nella parte in cui escludeva radicalmente la configurabilità di un trasferimento d’azienda quando l’impresa subentrante in un appalto assume i dipendenti già impegnati dall’imprenditore uscente nell’appalto medesimo (v. *infra* par. 2), violava le tutele minime imposte a livello comunitario.

Per queste ragioni, la Commissione ha avviato nei confronti dell'Italia una procedura di pre-infrazione (contenuta nel fascicolo «EU PILOT», n. 7622/15/EMPL), chiedendo formalmente al Governo italiano di esplicitare, nella normativa interna, la regola che il subentro nell'appalto costituisce trasferimento d'azienda in presenza di una situazione in cui, oltre che il passaggio di personale, si verifica un trasferimento di beni di non trascurabile entità. Il legislatore è così intervenuto con l'art. 30 della l. n. 122/2016, rubricato «*Disposizioni in materia di diritti dei lavoratori a seguito di subentro di un nuovo appaltatore*», modificando l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003.

Secondo il nuovo comma 3 di tale disposizione, *«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 o di clausola di contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda».*

Per comprendere le modifiche apportate alla disciplina dei rapporti di lavoro in caso di cambio appalto, è opportuno analizzare brevemente i tratti salienti della normativa in vigore prima dell'intervento della l. n. 122/2016.

2. Il cambio appalto nel vecchio comma 3 dell'art. 29.

Secondo il testo dell'art. 29, co. 3 del d.lgs. n. 276/2003 in vigore fino al 22 luglio scorso *«l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o parte d'azienda».*

In base al disposto di tale norma, il cambio del soggetto appaltatore non bastava ad integrare un mutamento nella titolarità di un'organizzazione economica, necessario ai fini della configurazione di un trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 cod. civ.: di conseguenza, l'imprenditore

subentrante acquisiva direttamente il lavoratore dipendente dal precedente appaltatore e non rispondeva in solido con questi dei crediti da lavoro vantati dal lavoratore al momento del cambio appalto.

Peraltro, alcuni contratti collettivi (si v., ad esempio, quelli per il settore delle imprese di pulizia, per le imprese di igiene ambientale e smaltimento rifiuti, oppure quelli per i gestori di mense aziendali) hanno previsto speciali procedure di informazione e consultazione sindacale, nonché l'obbligo dell'impresa subentrante di assumere, alle stesse condizioni, i lavoratori già addetti all'appalto da parte dell'impresa uscente. Si tratta comunque di obblighi a contrarre, la cui esecuzione dà origine ad un nuovo rapporto di lavoro distinto dal precedente, con conseguente differenza rispetto alla disciplina legale del trasferimento d'azienda ed esclusione di qualsiasi responsabilità del nuovo appaltatore per i crediti del lavoratore nei confronti del vecchio appaltatore.

L'assunzione del personale precedentemente addetto all'appalto e dipendente del vecchio appaltatore non autorizzava dunque l'applicabilità delle tutele previste dall'art. 2112 cod. civ.

In realtà, sulla spinta della giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia, la Corte di Cassazione aveva già individuato alcune ipotesi in cui, nonostante il cambio appalto ed il comma 3 dell'art. 29, risultava configurabile un trasferimento d'azienda: e cioè quando, oltre all'assunzione da parte del nuovo appaltatore dei dipendenti già addetti all'appalto, si verificava anche il passaggio di beni di non trascurabile entità, tali da poter parlare di passaggio di una vera e propria organizzazione economica (così, Cass. 16 maggio 2013, n. 11918; Cass. 15 ottobre 2010, n. 21278; Cass. 8 ottobre 2007, n. 21023; Cass. 13 gennaio 2005, n. 493; Cass. 18 marzo 1996, n. 2254). In questi casi, infatti, il subentrante non si limita a rimpiazzare l'appaltatore uscente nella gestione e cura di un servizio, bensì acquisisce i mezzi e gli strumenti essenziali per l'esercizio della specifica impresa di cui era titolare l'imprenditore precedente: un vero e proprio trasferimento

d'azienda, dunque, e non un semplice cambio appalto, con la conseguente applicazione delle garanzie legali previste dall'art. 2112 cod. civ.

3. Il contenuto delle modifiche del 2016.

Le modifiche del 2016, come anticipato, hanno introdotto nel testo dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 due elementi innovativi: è infatti escluso il trasferimento d'azienda quando l'imprenditore subentrante sia «*dotato di propria struttura organizzativa e operativa*» e «*siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa*». Secondo il dettato del nuovo comma 3 dell'art. 29, dunque, la successione nell'appalto integra trasferimento d'azienda ogniqualvolta ci sia sostanziale continuità tra la struttura organizzativa ed operativa dell'appaltatore subentrante e quella dell'appaltatore uscente e cioè quando vi sia identità d'impresa tra l'attività del primo e quella del secondo, con mera mutazione della titolarità della stessa.

E' chiaro che il legislatore interno ha provato ad adeguarsi alle indicazioni della Commissione Europea rifacendosi alla giurisprudenza che ha superato l'interpretazione strettamente letterale del vecchio comma 3 dell'art. 29, inserendo nel nuovo testo alcuni indici già segnalati dalla Cassazione, la cui presenza esclude l'applicazione della disciplina sul cambio appalto integrando quella prevista dall'art. 2112 cod. civ.

In tal senso, infatti, deve interpretarsi l'inciso della nuova disposizione che richiede all'imprenditore di subentrare nell'appalto con «*propria struttura organizzativa e operativa*», poiché, in questo modo, è escluso che si trasferiscano, oltre ai dipendenti già assegnati all'appalto, anche beni e mezzi di rilevante entità utilizzati dall'imprenditore uscente.

Il secondo requisito richiesto dal nuovo comma 3 dell'art. 29 affinché sia escluso un trasferimento d'azienda è la presenza di «*elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa*». Per

chiarire il significato di tale nuova impostazione, è necessario interrogarsi sulla nozione di «*identità d'impresa*».

Sul piano delle fonti comunitarie, l'art. 1 della direttiva CEE del 29 giugno 1998, n. 50 prevede che, in materia di trasferimento d'azienda, si possa parlare di «*identità*» quando un'azienda conservi il medesimo «*insieme di mezzi organizzati, al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria*».

La Corte di Giustizia, chiamata a chiarire il significato del termine «*identità*» nella disciplina comunitaria sul trasferimento d'azienda, ha sostenuto che essa è integrata ogniqualvolta venga essenzialmente conservato il complesso dei beni materiali ed immateriali, comprensivi del personale e delle sue competenze, necessari ed imprescindibili all'esercizio di una specifica e stabile attività economico-imprenditoriale: non basta dunque la mera cessione di alcuni mezzi o l'assunzione di qualche dipendente per poter parlare di conservazione di tale identità (si v., su tutte, Corte Giust., 11 marzo 1997 (causa 13/95), *Suzen c. Zehnacker*).

Parimenti la Corte di Cassazione ritiene che si conservi l'identità dell'impresa quando permangono gli stessi mezzi, beni e rapporti giuridici funzionalizzati all'esercizio stabile e continuativo di attività economica in forma d'impresa (Cass. 17 gennaio 2013, n. 1102; Cass. 8 luglio 2011, n. 15094).

Di questa definizione ha certamente tenuto conto il legislatore italiano nella formulazione del comma 5 dell'art. 2112 cod. civ. (modificato dall'art. 1, co. 2, D. Lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 e poi dall'art. 32 d.lgs. n. 276/2003), secondo cui si intende per trasferimento d'impresa il mutamento di titolarità di un'attività economica organizzata «*che conserva nel trasferimento la sua identità*».

In tale quadro, il requisito dell'identità di impresa richiesto dal nuovo comma 3 dell'art. 29 d.lgs. n. 276/2003 pare specificare e puntualizzare quelli già richiesti in precedenza dalla giurisprudenza di legittimità. Come

detto, infatti, l'esclusione dell'operatività dell'art. 2112 cod. civ. nel vecchio sistema era derogata in tutte quelle ipotesi in cui, oltre al passaggio dei dipendenti addetti al servizio appaltato, fossero passati al nuovo appaltatore anche «*beni di non trascurabile entità*», tali da «*rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa*» (Cass. 16 maggio 2016, n. 11918).

Dunque anche prima della riforma introdotta dalla l. n. 122/2016 la continuità dei mezzi e degli strumenti organizzativi di impresa era un elemento che autorizzava l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. Tuttavia, tale requisito trova ora nel nuovo art. 29 una indicazione chiara, ricollegando la possibilità di applicare le tutele dell'art. 2112 cod. civ. ai casi in cui il nuovo appaltatore non intervenga a succedere al vecchio con una propria organizzazione imprenditoriale, bensì acquisisca quella già costruita e gestita dall'appaltatore uscente, composta dal complesso dei mezzi, dei beni e dei rapporti giuridici funzionalizzati all'esercizio di una specifica e stabile attività d'impresa.

In conclusione – ed in attesa delle prime pronunce giurisprudenziali che contribuiranno a chiarire il valore semantico del concetto di «*discontinuità*» – la L. n. 122/2016 codifica il principio secondo il quale devono essere applicate le tutele dell'art. 2112 cod. civ. ogniqualvolta nel cambio dell'appalto si realizzi una sostanziale continuità organizzativa d'impresa, senza il ricorso a mezzi, beni ed organizzazione diversi da quelle impiegate in precedenza.

DIPARTIMENTO SCIENTIFICO della
FONDAZIONE STUDI

Via del Caravaggio 66
00145 Roma (RM)

fondazionestudi@consulentidellavoro.it