L'analisi del concetto di discontinuità di impresa alla luce della legge 122/2016

Cambio di appalto sotto la lente

Disciplina ad hoc per la cessione del ramo d'azienda

DI MARIA GIOVANNONE*

Una delle questioni più dibattute, in tema di cambio d'appalto, è l'interpretazione dell'art. 29 del dlgs n. 276/03, alla luce delle novità introdotte dall'art. 30 della legge 122/2016 ed a seguito della procedura di infrazione europea, Eupilot 7622/15/empl. Ciò con particolare riferimento al comma 3 dell'art. 29 che prevede che «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 di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda». Si osserva infatti che la procedura d'infrazione aperta dalla Commissione europea ha riguardato il caso in cui, nel corso di un cambio di appalto, oltre al personale dell'appaltatrice, venissero ceduti beni aziendali di non trascurabile valore. In questo caso, infatti, la conclusione raggiunta dalla istituzioni europee è che, qualora il cambio di appalto involga un complesso organizzato di beni (e non solo di persone), si debba applicare, nella gestione dei profili lavoristici con il personale, la disciplina più garantistica della cessione di ramo d'azienda di cui all'art. 2112 c.c.; opzione quest'ultima evidentemente meno favorevole per le imprese subentranti, nell'affidamento dell'appalto, ove queste intendessero al momento del cambio, riassumere le risorse del precedente appaltatore con un contratto di lavoro a «tutele crescenti» e/o in applicazione di un diverso Ccnl. In buona sostanza, la riforma seguente al Caso Eu Pilot 7622/15/Empl, ci dice che, affinché il cambio di appalto non costituisca cessione di ramo d'azienda, devono realizzarsi congiuntamente le due condizioni: 1) il nuovo appaltatore sia dotato di propria struttura organizzativa e operativa; 2) siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa. Sulla prima condizione nulla quaestio; sulla seconda sono necessari approfondimenti anche alla luce del diverso impatto che la qualificazione del passaggio dei lavoratori assume. In particolare, è ben noto che nel precedente assetto la nuova assunzione del lavoratore aveva ben poche garanzie in termini di mantenimento del livello retributivo e degli scatti di anzianità salvo quanto previsto dall'art. 7 del dlgs 23/2015 (c.d. Jobs act). Una cessione di ramo d'azienda invece prevede la totale continuità nei rapporti lavorativi con notevole beneficio del lavoratore. Quindi, in relazione al primo punto, chi subentra deve avere una struttura organizzativa propria e beni propri; se invece questi ultimi sono acquisiti dall'uscente si configura una cessione di ramo d'azienda. Rispetto al secondo è necessario che l'impresa subentrante differisca dalla precedente, dimostrando di essere in possesso di una propria organizzazione e identità (es. propri coordinatori, propri beni, una propria organizzazione del servizio).

Il cambio di appalto nei servizi di vigilanza privata. Tali questioni si pongono con frequenza nella gestione degli appalti relativi a servizi di vigilanza privata, considerato che, se il cambio determina l'acquisizione di beni e persone, fermi restando i coordinatori del servizio, il servizio rischia di restare identico nella sua organizzazione; nella sostanza, pertanto, nulla muterebbe se non la titolarità dell'appalto e quindi non vi sarebbe nessun apporto da parte della subentrante. Si configurerebbe così la cessione di ramo. Sul tema si osserva come una recente sentenza del Tribunale di Roma (sez. lav., 26/09/2016) abbia considerato cessione di ramo e non cambio d'appalto l'assunzione di personale addetto al magazzino e alla pulizie in quanto «i ricorrenti hanno lavorato per molti anni presso il magazzino dove erano adibiti al momento del licenziamento, in virtù di ripetuti contratti di assunzione con le diverse società appaltatrici che si sono susseguite nella gestione dell'azienda (v. anche documenti in atti); i diversi cambi d'appalto coinvolgevano in blocco tutti i lavoratori addetti al magazzino, incluso il capo impianto, e nei vari passaggi non vi era una significativa discontinuità d'impresa; i lavoratori quasi non si accorgevano del cambio di appaltatore, ne venivano informati dai sindacati e poi l'azienda subentrante proponeva il nuovo contratto di lavoro e chiedeva loro se volevano proseguire o no». Di conseguenza, prendendo spunto da tale pronuncia, da qualche parte è stato osservato che, se l'impresa appaltatrice subentrante si limiti a far firmare il contratto di assunzione e poi null'altro il rischio che si configuri la cessione di ramo pare concreto; se essa invece riesca ad ostentare una propria struttura organizzativa, con la capacità di gestire l'appalto con propri e diversi coordinatori e dotando, se del caso, i lavoratori con mezzi aziendali propri, organizzando e modificando il servizio, il rischio che si configuri una cessione di ramo pare essere molto più contenuto.

Bisogna tuttavia prestare molta attenzione al caso concreto, poiché l'appalto di un servizio di pulizie, cui la sentenza del Tribunale di Roma si riferisce, è cosa ben diversa, nella sostanza oltre che nella forma, da un appalto per un servizio di vigilanza. Imprecisa e frettolosa potrebbe infatti essere la conclusione per cui il passaggio di lavoratori negli appalti di vigilanza e portierato sia da non qualificarsi come cessione di ramo d'azienda, in quanto si tratta di passaggio di soli lavoratori e non di complesso coordinato di beni materiali o immateriali. Ciò alla luce dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, in ultimo confermato dalla pronuncia della Suprema corte, Cass. civ., Sez. lav., 12 aprile 2016, n. 7121, con la quale, appunto, si è affermato che deve applicarsi l'art. 2112 c.c., che assicura il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda o di ramo di essa, quando: «... la cessione ha per oggetto soltanto un gruppo di dipendenti, purché dotati di particolari competenze e stabilmente coordinati e organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti e idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili...». Tale situazione affrontata dalla Corte, invero, ben si attaglia alle caratteristiche del cambio d'appalto nei servizi di vigilanza.

Il nodo centrale della identità di impresa. Pertanto, al fine di sciogliere i nodi sull'applicabilità o meno della disciplina dell'art. 2112 c.c., è cruciale chiarire il concetto di «discontinuità che determina una specifica identità d'impresa», nell'ambito degli appalti di servizi di vigilanza che interessino le imprese che applicanoun determinato Ccnl. Infatti, in attesa di pronunce giurisprudenziali che contribuiranno a chiarire il valore semantico del concetto di discontinuità, la legge n. 122/2016 codifica il principio secondo il quale devono essere applicate le tutele dell'art. 2112 c.c. ogniqualvolta nel cambio dell'appalto si realizzi una sostanziale continuità organizzativa d'impresa, senza il ricorso a mezzi, beni e organizzazione diversi da quelle impiegate in precedenza.

**** avvocato giuslavorista***

Al via l'assemblea di Enasarco

Si terrà il prossimo 27 aprile l'assemblea dei delegati Enasarco, organo di recente istituzione che si compone di 60 membri eletti dagli iscritti all'ente nello scorso mese di Giugno che si riunisce almeno 2 volte l'ano, chiamato in questa occasione ad approvare il bilancio consuntivo 2016 e il nuovo codice etico deliberati dal cda «Potremo così verificare», afferma Loretto Boggian, rappresentante della federagenti Cisal eletto nella lista Adesso Basta, «se c'è stato un miglioramento dei conti non solo nel breve ma anche nel medio lungo periodo e quali iniziative abbia messo in campo il nuovo cda per centrare tali obiettivi. Non dobbiamo assolutamente scordare infatti che c'è anche un bilancio tecnico da rispettare come anche la previsione di una stabilità finanziaria almeno cinquantennale, così come previsto dal legislatore». L'assemblea dei delegati dovrà esaminare inoltre il nuovo Codice etico della Fondazione, documento che se approvato detterà i comportamenti degli Organi della Fondazione e in caso di violazioni le relative sanzioni, che possono arrivare ad esempio nei casi più gravi alla decadenza degli amministratori. «In realtà le competenza dell'assemblea sono molto ampie, basti pensare alla possibilità di autoconvocarsi in via straordinaria per sopravvenuti motivi di particolare rilevanza previa richiesta di almeno 10 delegati. Per questo insieme agli altri 6 rappresentanti della Federagenti chiederemo una approfondita riflessione sul ruolo che i vertici della Fondazione intendono affidare a questo organo, che fino ad oggi ci pare sia stato piuttosto residuale rispetto a quello che lo statuto approvato dai Ministeri competenti prevede. Del resto», conclude Boggian, «noi rappresentiamo sicuramente il trait d'union tra l'Enasarco e la base degli iscritti e sarebbe una occasione persa non coinvolgerci maggiormente nelle scelte e nella vita stessa della Fondazione».

Loretto Boggian

Pagina a cura degli
Enti Bilaterali Cisal
EN.Bi.F. costituito con SACI e ANACI CCNL AMMINISTRATORI CONDOMINIALI
EN.BI.C. costituito con Anpit, Cidec, Unica CCNL COMMERCIO - SERVIZI, LOGISTICA, CASE DI CURA TURISMO E PUBBLICI ESERCIZI
Info www.enbif.it e www.enbic.it
TEL. 0688816384/5
SEDE Via Cristoforo Colombo 115 - ROMA