

Il subentro nell'appalto di un nuovo appaltatore: il labile confine tra cambio di appalto e trasferimento di ramo d'azienda

a cura dell'avv. Ezio Moro, Partner Studio Legale Moro (Como – Torino)

Il subentro di un nuovo appaltatore nei servizi svolti a favore del committente è un momento di particolare criticità nel quale si confrontano (meglio, si scontrano) gli interessi, spesso mutevoli e contrapposti tra loro, dei lavoratori impiegati nell'appalto, dell'azienda uscente, di quella subentrante e dello stesso committente.

Nei settori c.d. "labour intensive" (ad esempio i servizi di pulizie, gestione delle mense, vigilanza, picking e logistica), il subentro di un nuovo appaltatore è fatto tanto comune quanto foriero di possibili vertenze da parte dei lavoratori impiegati nell'appalto.

Le più comuni recriminazioni (senza pretesa di esaustività) possono riguardare:

- il mancato pagamento da parte dell'appaltatore uscente delle ultime spettanze dovute ai lavoratori impiegati nell'appalto;
- la contestazione dei licenziamenti operati dall'appaltatore uscente;
- la mancata assunzione di tutti o di parte dei lavoratori già impiegati nell'appalto da parte dell'appaltatore subentrante;
- il trattamento economico spettante ai lavoratori già impiegati nell'appalto e riassunti dal nuovo appaltatore.

Infatti, in occasione del subentro di un nuovo appaltatore, si possono verificare una serie di problematiche che il più delle volte dipendono dal diverso grado di affidamento che, agli occhi dei lavoratori, garantiscono (o che sembrano garantire) l'appaltatore uscente e quello subentrante: così capita il caso di lavoratori che, pur assunti dal nuovo



appaltatore, contestino la cessazione del rapporto di lavoro con il datore di lavoro uscente o, all'esatto opposto, che, pur rimasti alle dipendenze dell'appaltatore uscente ed impiegato in altri servizi, affermino il diritto di restare impiegati sull'appalto e di passare alle dipendenze del nuovo appaltatore.

Vi è poi un altro tema di non poco conto che riguarda, nei casi di passaggio dei lavoratori dal vecchio al nuovo appaltatore, l'individuazione del trattamento economico che il nuovo appaltatore è tenuto a riconoscere ai lavoratori. Succede, dunque, che nei cambi di appalto, le fattispecie dell'appalto (artt. 1655 e ss c.c.) e del trasferimento d'azienda (art. 2112 c.c.) in origine del tutto autonome tra loro, vadano ad assumere elementi di contatto e complementarietà: infatti l'avvicendamento dell'appaltatore nei servizi resi a favore del committente con contestuale assunzione del personale precedentemente impiegato

dall'appaltatore uscente può, a determinate condizioni, costituire anche un trasferimento di ramo d'azienda con conseguente prosecuzione del rapporto di lavoro ex art. 2112 c.c. e mantenimento in capo al lavoratore dei diritti che ne derivano.

Tale complementarità si è accentuata a seguito della riforma dell'art. 29, comma 3, d.lgs. 276/2003 ad opera della Legge n. 122/2016.

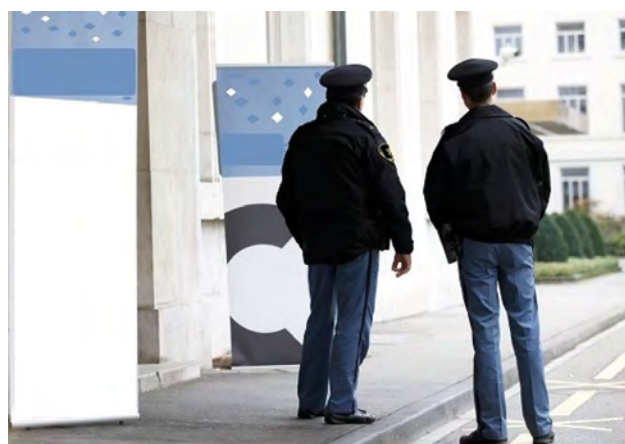
Il citato articolo 29, nella sua originaria versione del 2003, escludeva espressamente che l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto potesse costituire trasferimento d'azienda o di parte d'azienda.

Dunque la sussistenza di un appalto genuino automaticamente escludeva l'applicazione dell'articolo 2112 del codice civile.

Tale formulazione dell'art 29 d. lgs. n. 276/2003 si poneva, però, in contrasto con le direttive europee in tema di trasferimento d'azienda (direttiva n. 2001/23/CE, sostitutiva della precedente 77/187/CEE) e con la giurisprudenza della Corte Europea.

Sebbene parte della giurisprudenza nazionale, già nella vigenza della precedente versione della norma, avesse limitato la portata del chiaro disposto normativo attraverso una interpretazione elastica ed estensiva dalla nozione di trasferimento d'azienda, la Commissione Europea nel Caso "Eu Pilot 7622/15/EMPL" aveva nondimeno avviato nei confronti dell'Italia una procedura di pre-infrazione per violazione della direttiva n. 2001/23/CE; di qui la necessità di rimediare al contrasto con l'ordinamento comunitario con la Legge n. 122/2016, la quale riformò l'art. 29, comma 3, dandogli la seguente, ancora attuale, formulazione: *"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"*.

L'attuale formulazione della norma determina spesso una situazione di oggettiva incertezza in cui le norme previste



da molti contratti Collettivi Nazionali di Lavoro in tema di cambio di appalto potrebbero essere integrate/sostituite da quelle in tema di trasferimento d'azienda.

Infatti, solo in presenza di circostanze tali da determinare una discontinuità fra la precedente organizzazione produttiva e quella nuova, si potrà escludere l'applicabilità dell'art. 2112 c.c.. Quali siano però tali elementi di discontinuità non è agevole stabilirlo a priori e questo resta un nodo la cui soluzione è affidata sempre più spesso alla discrezionalità del giudice, chiamato caso per caso a decidere se un dato cambio di appalto configuri o meno un trasferimento d'azienda.

Ritenere applicabile o meno ad un cambio di appalto la normativa in tema di trasferimento d'azienda è questione di non poco conto e di rilevanti implicazioni pratiche: si pensi, in caso di ritenuta applicabilità delle tutele di cui all'art. 2112 c.c., alla responsabilità solidale del cessionario/subentrante per i crediti che il lavoratore aveva nei confronti del cedente/uscente; inoltre un lavoratore che, in base all'accordo di cambio di appalto sia stato escluso dal passaggio alle dipendenze del subentrante potrebbe nondimeno rivendicare il proprio diritto a transitare alle sue dipendenze ex art. 2112 c.c..

Ecco quindi l'importanza di comprendere quali siano gli elementi di discontinuità, in presenza dei quali l'assunzione dei dipendenti già impiegati nell'appalto da parte del nuovo appaltatore non costituisce trasferimento d'azienda.

Ancor prima, però, è necessario individuare e delimitare la nozione di ramo d'azienda.

Come noto, ai sensi dell'art. 2112, comma 5, c.c. si definisce *"trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti*

il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato".

Elemento essenziale della fattispecie è l'autonomia funzionale del compendio ceduto (Cass. n. 22005/2017; Cass. n. 1316/2017; Cass. n. 17366/2016; Cass. n. 8210/2014).

In altre parole, l'autonomia funzionale richiede la presenza, nell'ambito del compendio oggetto di cessione, di tutti gli elementi (personali, materiali, immateriali) che consentono lo svolgimento di un'attività economica organizzata.

Ci troveremo, quindi, di fronte ad un trasferimento di ramo azienda quando il complesso ceduto è in grado di provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi funzionali ed organizzativi e, quindi, di svolgere, senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario, il servizio o la funzione finalizzati nell'ambito dell'impresa cedente (in questo senso Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., 08-11-2018, n. 28593).

Alla luce di quanto sopra, per scongiurare il rischio di vedersi applicate le norme di cui al 2112 c.c. in caso di subentro in un appalto, non sembra essere sufficiente il mero fatto che il soggetto subentrante sia dotato di una propria ed autonoma organizzazione imprenditoriale e produttiva, con assunzione del conseguente rischio



d'impresa, ma è necessaria la presenza di ulteriori elementi di discontinuità ravvisati in particolare:

- nell'integrazione da parte del nuovo appaltatore dell'attività oggetto dell'appalto;
- nell'utilizzo di diversi mezzi di lavoro;
- nella diversa organizzazione da parte dell'azienda subentrante dei servizi oggetto dell'appalto e, di conseguenza;
- nella diversa organizzazione della forza lavoro.

Non sempre però, soprattutto nelle attività labour intensive, tali elementi di discontinuità sono evidenti e ricorrenti nei cambi di gestione di un appalto: di qui possibili "cortocircuiti" nei quali all'ottemperanza da parte dell'appaltatore subentrante delle norme contrattuali in tema di cambio di appalto rischia di "portarsi dietro" anche l'ulteriore applicazione delle previsioni di cui all'art. 2112 c.c..

