

Prime indicazioni sul nuovo disposto dell'art.29, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003

L'art. 30 della legge europea per il 2015-2016 (legge n. 122 del 2016, entrata in vigore il 23 luglio scorso) ha modificato il comma 3 dell'art. 29 del d. lgs. n. 276/2003.

La nuova norma dispone, testualmente, che:

“3. 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”

1) Perché si è arrivati alla modifica legislativa

La modifica si è resa necessaria perché i servizi della Commissione europea (Caso EU Pilot 7622/15/EMPL), hanno ritenuto che la norma contenuta nella precedente formulazione del comma 3 non fosse conforme alla disciplina dell'Unione europea che regola la fattispecie del trasferimento d'azienda (direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti)

La formulazione precedente disponeva, testualmente, che:

“3. 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 di parte d'azienda.”

I servizi della Commissione hanno formulato il loro giudizio di non conformità pur avendo esaminato la giurisprudenza, anche della Corte di Cassazione, che non aveva escluso che, ricorrendone i presupposti, il subentro di un nuovo appaltatore potesse costituire un trasferimento d'azienda o di parte d'azienda.

A dire dei servizi della Commissione, l'interpretazione della norma precedente finiva, comunque, per escludere la configurazione del subentro nell'appalto come trasferimento d'azienda (o di parte d'azienda) in tutti i casi in cui il

medesimo subentro non fosse stato accompagnato (oltre che dal passaggio del personale) anche da un trasferimento di beni di "non trascurabile entità".

In altre parole, sembra di capire che i servizi della Commissione paventassero una sorta di esclusione "automatica" dell'applicazione dell'art 2112 Cod. Civ. ogni volta che il cambio appalto si caratterizzasse per il mero passaggio del personale già impiegato nell'appalto.

Esclusione "automatica" che, invero, la precedente norma non garantiva affatto.

2) Come interpretare la nuova disposizione di legge

Dovendo prendere atto dell'intervenuta modifica legislativa, si tratta ora di individuare, con la maggiore precisione possibile, i limiti della sua sfera di applicazione.

A tal fine si è svolto in Confindustria un primo incontro tecnico di approfondimento, l'esito del quale costituisce un riferimento su cui fondare l'interpretazione della nuova disposizione, pur essendo emersa, nel corso dell'incontro, una realtà normativa sulla disciplina dei cambi appalto estremamente complessa, ove concorrono non solo norme legislative di rango nazionale ma anche di livello regionale, nonché varie discipline legislative di settore, norme di contratto collettivo, ovvero normazione amministrativa (decreti ministeriali, capitolati negli appalti pubblici).

Di qui la necessità di seguire lo sviluppo applicativo della nuova disposizione, anche al fine di verificare la fondatezza e la tenuta giuridica dell'interpretazione che è stata condivisa nel corso del seminario, anche alla luce di questa variegata realtà normativa di riferimento.

Ciò tanto più laddove si tenga conto che la giurisprudenza comunitaria si è espressa più volte nel senso che *"per poter determinare se sussistano le caratteristiche di un trasferimento di un'entità economica organizzata, dev'essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività (cfr sentenze Spijkers causa 24/85, punto 13, e Süzen causa C-13/95, punto 14).*

Come si diceva inizialmente, la disposizione originariamente contenuta nell'art. 29, comma 3, del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 era stata interpretata dalla giurisprudenza, anche della Corte di Cassazione, nel senso che la medesima non escludesse che, a certe condizioni, il subentro di un nuovo appaltatore costituisse un trasferimento d'azienda o di parte d'azienda.

In particolare, la giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva riconosciuto la sussistenza del trasferimento d'azienda o di parte d'azienda nel caso in cui la cessione avesse avuto ad oggetto: “...*anche solo un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze che siano stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti ed idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili*” (cfr., per tutte, Cass. n. 5709/2009 e Cass. n. 9361/2014).

Con la novella legislativa in esame si adotta una tecnica di individuazione della fattispecie *sui generis*, che mira a determinare l'area di non applicazione delle disposizioni che disciplinano il trasferimento di azienda.

L' esclusione dall'applicazione delle disposizioni dell'art. 2112 Cod. Civ., in caso di cambio appalto con acquisizione di personale, è subordinata al sussistere di due requisiti:

- che il nuovo appaltatore sia dotato di una propria struttura organizzativa ed operativa;
- che sussistano “elementi di discontinuità” che determinino una “specificità identità” dell'impresa subentrante.

2a) Il primo requisito

A ben guardare, il primo requisito ha un qualche profilo “tautologico”, nel senso che sembra richiamare il requisito dell' “organizzazione dei mezzi necessari” che, sia nell'art 1655 Cod. Civ., che nello stesso art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003, identifica l'impresa appaltatrice come quell'impresa che sia adeguata, per organizzazione e operatività, a svolgere un determinato servizio o una determinata opera.

2b) Il secondo requisito

L'attenzione, pertanto, deve essere riservata, in particolar modo, all'individuazione del secondo requisito, ossia quello costituito dalla presenza di "*elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa*".

Fondandosi sul presupposto che l'impresa subentrante, per ovvi motivi, dovrà necessariamente avere ad oggetto della propria attività la stessa già svolta dall'impresa cedente, ecco che, per l'identificazione degli "elementi di discontinuità", si dovrà, in primo luogo, avere riguardo alla verifica della proprietà (o, comunque, alla autonoma disponibilità) dei mezzi di produzione in capo all'impresa subentrante.

L'utilizzo di mezzi propri

Una impresa che svolga il servizio in appalto con mezzi "propri" deve ritenersi, in prima approssimazione, dotata di una propria, specifica struttura organizzativa e operativa che la contraddistingue e la identifica, differenziandola dalla impresa cedente.

Dunque, nel caso in cui, a seguito del cambio di appalto, l'impresa subentrante dovesse acquisire il personale precedentemente adibito ad esso, la circostanza che essa si avvalga di mezzi propri, concorre ad integrare il requisito dell' "*elemento di discontinuità*" che, in base alla norma in esame, consente di non applicare, al cambio appalto in questione, la disciplina del trasferimento d'impresa.

Senonchè questo primo risultato interpretativo, avendo a mente la giurisprudenza comunitaria in materia, rischia di non essere affatto sufficiente, soprattutto in tutte quelle ipotesi in cui l'attività svolta, oggetto dell'appalto, non richieda l'impiego di mezzi particolarmente complessi e in cui, pertanto, "prevalga" l'elemento costituito dal personale impiegato nell'appalto, ossia prevalga la mano d'opera.

In altre parole, ove l'attività svolta sia caratterizzata dall'impiego di mezzi non particolarmente complessi, ecco che l'elemento costituito dalla proprietà (o dall'autonoma disponibilità) di essi non può assumere valore dirimente al fine di escludere l'applicazione del disposto dell'art. 2112 Cod. Civ..

La prevalenza dell'elemento "mano d'opera"

Dunque, il problema dell'identificazione della fattispecie diventa, in questi casi, molto più complesso, tenendo a mente il già ricordato indirizzo giurisprudenziale, anche della Corte di Cassazione, che non esclude la possibilità di configurare un trasferimento di impresa, o di ramo di essa, anche soltanto nel caso passi un gruppo di dipendenti *"dotati di particolari competenze che siano stabilmente coordinati ed organizzati tra loro"*.

E la questione assume contorni ancor più problematici laddove si ponga mente al fatto che l'acquisizione del personale, oggetto della disposizione di legge in esame, può avvenire *"in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto di appalto"* e che, come si diceva in premessa, vi sono molte norme di legge, di contratto collettivo o clausole di contratti di appalto che impongono, all'impresa subentrante, il rispetto delle c.d. *"clausole sociali"*, ossia di clausole che, in genere, obbligano l'impresa a riassumere la totalità, o gran parte, del personale precedentemente adibito all'appalto medesimo.

Pertanto, i diversi contenuti precettivi delle c.d. *"clausole sociali"* previste in varie leggi speciali, ovvero in vari c.c.n.l. ovvero ancora nelle singole clausole dei contratti di appalto, (che, quindi, impongono vincoli di contenuto differenziato all'impresa subentrante, quanto alla riassunzione del personale) rende particolarmente ardua l'individuazione di una linea di interpretazione univoca della norma in esame, ossia tale da risultare immediatamente e pacificamente applicabile a tutte queste distinte fattispecie.

La specificità dell'organizzazione del lavoro dell'impresa subentrante

In linea di massima, però, si può sostenere che, nei casi in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, *"l'elemento di discontinuità"* che può concretare la *"specificità identità"* dell'impresa (ossia l'elemento che legittima l'impresa subentrante a non applicare il disposto dell'art. 2112 Cod Civ) dovrà, quantomeno, essere costituito dalla sua autonoma e originale organizzazione del lavoro che verrà *"applicata"* anche al nucleo di lavoratori *"acquisito"* in virtù del cambio appalto.

In altre parole, se un gruppo di lavoratori *"stabilmente coordinati ed organizzati tra loro"* costituisce ramo d'impresa, l'impresa subentrante dovrà

necessariamente organizzare autonomamente la prestazione del gruppo di lavoratori, oggetto dell'acquisizione.

L'impresa subentrante, dunque, per non essere tenuta al rispetto dell'art. 2112 Cod. Civ., dovrà, anzitutto, evitare di avvalersi pedissequamente, nei confronti del personale acquisito, degli schemi organizzativi precedentemente adottati dall'impresa cedente, e dovrà adottare soluzioni organizzative che consentano di "inserire" i lavoratori acquisiti all'interno della propria autonoma e distinta organizzazione d'impresa.

Se poi a questi elementi si accompagnerà anche la proprietà o, comunque, l'autonoma disponibilità dei mezzi aziendali, si avrà conferma della sussistenza di un ulteriore "*elemento di discontinuità*" che determina quella "*specificità identità*" dell'impresa subentrante che, in base al tenore testuale della norma, consente di non configurare, nella fattispecie, un trasferimento d'azienda o di parte d'azienda.

La "tenuta" di questa interpretazione andrà, comunque, attentamente verificata, mano a mano, sulla base degli orientamenti interpretativi che potrà assumere la giurisprudenza.