

n. 16 anno 2016

Cambio di appalto: il legislatore corregge la norma e indica quando non è trasferimento d'azienda

di Luca Failla

La L. n. 122/2016 - Legge Europea 2015 e 2016 - ha introdotto, con decorrenza 23 luglio 2016 una importante modifica all'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 (Decreto Biagi) in materia di Appalto. Il legislatore, infatti, al fine di evitare la procedura di infrazione dell'Italia per non corretta applicazione della disciplina comunitaria in materia di trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda ha ritenuto opportuno introdurre una modifica al comma. 3 del citato art. 29 che avrà conseguenze pratiche di non poco conto. La novella, infatti, scaturisce dall'avvio di una procedura di pre-infrazione da parte dell'Unione Europea per non corretta trasposizione della Direttiva 2001/23/CE. In pratica il legislatore - in un'ottica di tutela della forza lavoro impiegata nell'appalto - ha ritenuto di meglio precisare che il subentro di un nuovo appaltatore può non determinare l'applicazione delle disposizioni dell'art. 2112 c.c. quando lo stesso dimostri in modo effettivo la propria autonomia organizzativa e operativa.

Tuttavia la novella dà luogo ad alcune perplessità legate anche alla scelta di un lessico di non facile interpretazione.

Il vecchio comma 3 dell'art. 29 stabiliva quanto segue: *"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 costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda".*

Il nuovo comma 3 della norma stabilisce ora, invece, che: *"l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di appaltatore **dotato di propria struttura organizzativa e 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 costituisce trasferimento d'azienda di parte d'azienda".*

L'intervento normativo mira sì a circoscrivere le ipotesi di esclusione della disciplina prevista dall'art. 2112 c.c. in caso di cambio di appalto ma lo fa scegliendo di inserire un criterio di identificazione del requisito dell'autonomia in capo all'appaltatore non nuovo ma parzialmente diverso rispetto a quello previsto dal comma 1 della norma. E ciò probabilmente senza tenere nella dovuta considerazione la circostanza che già nel primo comma della norma era stato inserito il richiamo all'organizzazione dei mezzi necessari e all'esercizio del potere organizzativo e direttivo quali requisiti fondamentali per distinguere i contratti di appalto *labour intensive* (caratterizzati dall'esecuzione di un'opera o un servizio con organizzazione di mezzi e di uomini da parte dell'appaltatore) dalla somministrazione di lavoro (caratterizzata dalla fornitura manodopera

assunta e retribuita da un soggetto a ciò autorizzato). Quindi il nuovo comma 3 della norma non fa altro che riprendere un concetto di "autonomia" che faceva già parte della norma e che ha costituito in questi anni il presupposto giuridico essenziale - seppure implicito - per poter escludere in questo ambito l'applicazione delle disposizioni in materia di trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda previste dall'art. 2112 in caso di subentro di un nuovo appaltatore. Proprio perché "cambio di appalto" e "trasferimento d'azienda" sono due istituti completamente diversi.

Il "correttivo" voluto dal legislatore è stato fatto quindi con l'obiettivo di sgomberare il campo da ogni residua incertezza in materia e probabilmente nella consapevolezza di quegli orientamenti giurisprudenziali che in questi anni hanno con pressoché totale uniformità riportato quasi sempre alle tutele in materia di trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda le ipotesi di cessione di un "gruppo organizzato di dipendenti" (cfr. Cass. Civ. Sez. Lav. 12 aprile 2016, n. 7121).

In pratica, secondo la novella, il mero subentro di un nuovo appaltatore in attività preordinate all'esecuzione di un'opera o di un servizio comporta - sempre - in favore dei lavoratori coinvolti l'applicazione delle garanzie e delle tutele previste dalla legge in materia di trasferimento di ramo d'azienda (art. 2112 c.c.).

A meno che, l'appaltatore subentrante non possa vantare (e dimostrare) una propria **autonoma struttura organizzativa e operativa**, in base a disposizione di legge (quindi anche in base al primo comma dello stesso art. 29 del Decreto Biagi che identifica già gli appalti genuini cosiddetti *labour intensive* sui quali il Ministero del lavoro si era già più volte espresso già a partire dalla Circolare n. 5/2011), di contratto collettivo ovvero di clausola del contratto di appalto. Il che comporterà particolare attenzione in sede di stesura dei contratti rendendo quasi obbligatoria la certificazione del contratto. Nonché - e qui sta l'assoluta novità della norma - **elementi di discontinuità** tali da porre in evidenza che pur in presenza di un subentro nelle attività di altro appaltatore ci si trova in realtà innanzi ad una nuova e distinta organizzazione delle attività (e della relativa forza lavoro) impiegate nell'appalto. Ma quali sono questi "elementi di discontinuità"? Il legislatore non fornisce alcun utile elemento interpretativo a riguardo e l'unico mezzo che ha il nuovo appaltatore per non vedersi applicare la disciplina in materia di trasferimento d'azienda è di rinegoziare con il committente le attività oggetto di appalto. Una inutile e complessa soluzione che non faciliterà certo l'economia.

avv. Luca Failla, Founding Partner LabLaw Studio Legale