

Carmen La Macchia

Professore di Diritto del lavoro nell'Università di Messina

Parere su

Le vicende circolatorie dei beni e la conservazione dell'occupazione

18 luglio 2013

Sommario: 1. Il quesito. 2. La disciplina vigente in materia di appalto e rapporti di lavoro. 3. Linee interpretative divergenti 4. Il quadro normativo nei paesi europei. 5. Possibili soluzioni a tutela dell'occupazione.

1. Il quesito

Mi si chiede *quali siano i rimedi normativi a tutela dell'occupazione in occasione della ipotesi di successione di appalti nel medesimo servizio, con riguardo anche alle discipline vigenti negli altri paesi europei.*

Mi preme precisare che il parere richiestomi prende in considerazione solo la disciplina vigente di tutela dell'occupazione nella successione di appalti nel settore privato.

Non saranno, pertanto, oggetto della trattazione che segue, la disciplina vigente per gli appalti nel settore pubblico, il regime di solidarietà tra i soggetti coinvolti nella catena dell'appalto (committente, appaltatore, subappaltatore v. art.29,c.2, come sostituito dall'art.21 D.L. 5/2012, conv. in L.n.35/2012), le ipotesi di distacco dei lavoratori e di trasferimento d'azienda, le problematiche relative all'appalto non "genuino" (così definito nell'art.84 del dlgs.n.276/2003).

2. La disciplina vigente in materia di appalto e rapporti di lavoro.

La materia è regolata dall'art.29 della l.n.276/2003 il quale, - vale la pena ricordarlo - assume rilievo anche perché ha consegnato all'area dei comportamenti legittimi l'esercizio "del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto" ; cioè, in sostanza, rende possibile l'appalto anche soltanto mediante l'impiego di lavoratori, purché siano dall'appaltatore stesso organizzati e diretti.

All'appaltatore può subentrare un nuovo soggetto il quale **può** essere tenuto *per legge, contratto collettivo nazionale di lavoro, o clausola del contratto d'appalto* (c.3 art.29 d.lgs n.276/2003) a conservare, per l'esecuzione dell'appalto, le maestranze già impegnate in precedenza. In tale ipotesi l'acquisizione del personale già impegnato nell'appalto "non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda"; e non determina, come nel caso del trasferimento d'azienda o di parte d'azienda (art.2012 c.c.) una responsabilità dell'imprenditore subentrante per i pregressi crediti retributivi dei lavoratori. La solidarietà, infatti, opera soltanto "in relazione al periodo di esecuzione del contratto d'appalto" c.2 art.29 d.lgs n.276/2003.

Per esemplificare è possibile delinere tre ipotesi di successione a) rinnovo del contratto d'appalto scaduto o comunque estinto; b) cessione del contratto d'appalto; c) trasferimento dell'azienda ad un terzo da parte dell'impresa appaltatrice.

Mentre l'applicazione dell'art. 2112 c.c. alle ipotesi b) e c) sembra aver acquisito convincenti margini di certezza. Con riguardo alla ipotesi a), rinnovo del contratto d'appalto scaduto o comunque estinto, la normativa vigente, sembra non riconoscere ai lavoratori alcun diritto alla conservazione del posto di lavoro, né diritti particolari alle organizzazioni sindacali, ad eccezione eventualmente del rispetto delle clausole sociali inserite nei contratti collettivi, purchè il nuovo appaltatore applichi il medesimo contratto collettivo del precedente appaltatore.

Solo nell'ipotesi di appalto non "genuino" è consentito al lavoratore di rivolgersi al giudice per chiedere la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ha utilizzato la prestazione.

Altra eccezione riguarda il collegamento societario, nelle ipotesi in cui sia possibile dimostrare che la separazione, fra datore di lavoro apparente e il datore di lavoro effettivo fruitore della prestazione di lavoro subordinato, sia fittizia e realizzi una illecita interposizione di manodopera.

Esentati dall'applicazione della l.n.223/1991 sui licenziamenti collettivi sembrano essere i licenziamenti comunicati a causa della cessazione di un appalto. In realtà si tratta di una interpretazione del Ministero del lavoro (28 maggio 2001, n.LO/01, sostanzialmente riconfermata nell'interpello del 1° agosto 2012) non condivisa dalla giurisprudenza che invece ritiene che, anche quando manchi una esplicita previsione del contratto collettivo, relativamente al passaggio diretto dei lavoratori alle dipendenze dell'impresa che abbia acquisito successivamente l'appalto del servizio, l'azienda che abbia perso l'appalto debba comunque esperire la disciplina prevista per i licenziamenti collettivi.

Peraltro, va sottolineato che l'interpretazione del Ministero che qualifica i licenziamenti, in caso di cessazione dell'appalto e di conseguente riduzione dell'occupazione, licenziamenti plurimi, dopo la revisione dell'art.18 ad opera della legge Fornero, è diventato molto penalizzante per il lavoratore. In una pronuncia del Tribunale di Milano successiva alla riforma, l'illegittimità del licenziamento accertato, giacchè il datore di lavoro non aveva dimostrato l'impossibilità di reimpiegare il dipendente in altri appalti gestiti dalla stessa società, non ha dato luogo alla reintegrazione.

La legge Fornero stabilisce infatti che la reintegrazione è ammessa solo in caso di manifesta insussistenza del fatto che ha prodotto il licenziamento. Se il fatto si verifica, come nell'evento della perdita dell'appalto, il rimedio alla illegittimità del licenziamento potrebbe essere solo di tipo sanzionatorio.

L'esclusione della generale tutela apprestata ai lavoratori trasferiti trova spiegazione nella circostanza che, ad avviso di un orientamento dottrinale fatto proprio da gran parte della giurisprudenza, nella successione di appalti cedente e cessionario sono titolari di due

autonome scritture negoziali, ciascuna direttamente riferibile al committente. Nessuna relazione convenzionale sussisterebbe invece tra colui che perde l'appalto e colui che lo acquista. Invero, l'art.1 c.1 lett.a) nella traduzione italiana della direttiva 2001/23/CE nel definire l'ambito di applicazione della normativa europea fa riferimento "*ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione*".

Nel codice civile italiano la cessione del contratto (artt.1406-1410 c.c.) identifica una operazione di trasferimento della posizione **contrattuale** di un contraente ad un altro soggetto. E' del tutto ovvio che tra due appaltatori che si succedono l'uno all'altro sia insussistente una relazione contrattuale, sussistendo, altresì, l'interposizione del committente. Tuttavia, nella lingua inglese, "*legal transfer*" (v.art.1 c.1,lett.a 2001/23/CE) identifica una mera vicenda circolatoria di un bene realizzatasi nell'osservanza della legge e non richiede che detto trasferimento si sia realizzato mediante contratto.

3. Linee interpretative divergenti

La direttiva europea n.2001/23/CE appare insensibile al mutamento della titolarità nell'impresa e collega la continuità dei rapporti di lavoro esistenti al trasferimento dell'entità economica, quale che sia la vicenda circolatoria del bene o del servizio.

La giurisprudenza comunitaria ammette che nella nozione di trasferimento d'impresa debba ricomprendersi anche la successione di privati nel medesimo appalto, l'eccezione è rappresentata dal fatto che al nuovo appaltatore venga attribuito un appalto completamente diverso dal precedente, il che logicamente non può dare luogo neppure ad un passaggio di dipendenti. (v.sentenza 11 giugno 2009, causa C- 561/07, Commissione/Italia, Racc. pag. I- 4959, punto 30 e giurisprudenza ivi citata).

Occorre ricordare che la Corte ha fornito dell'espressione «in seguito a cessione contrattuale o a fusione», un'interpretazione sufficientemente elastica per soddisfare lo scopo della direttiva, che è quello di tutelare i lavoratori in caso di cambiamento del titolare dell'impresa (sentenze 19 maggio 1992, causa C- 29/91, Redmond Stichting, Racc. pag. I- 3189, punti 10 e 11; 7 marzo 1996, cause riunite C- 171/94 e C- 172/94, Merckx e Neuhuys, Racc. pag. I- 1253, punto 28, nonché Jouini e a., cit., punto 24).

L'assenza, dunque, di un rapporto contrattuale tra il cedente ed il cessionario "non può escludere l'ipotesi di un trasferimento ai sensi della direttiva". (sentenza 24 gennaio 2002, causa C-51/00 v anche Trib Siracusa,24 luglio 2008).

Come, infatti, non manca di ripetere la Corte di giustizia europea (ordinanza del 15 settembre 2010) lo scopo della direttiva è quello di garantire, per quanto possibile, la continuazione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro, senza modifiche, onde impedire che i lavoratori si trovino in una situazione meno favorevole solo a causa della operazione di circolazione del bene o del servizio.

Tuttavia la giurisprudenza nazionale prevalente esclude l'applicazione delle regole sul trasferimento d'azienda in caso di sostituzione di un appaltatore ad un altro nella gestione dello stesso servizio, in quanto risulterebbe assente qualsiasi tipo di rapporto diretto tra gli imprenditori, che stipulano in tempi successivi un contratto d'appalto con lo stesso committente.

La dottrina nazionale è controversa in ordine alla interpretazione dell'art.29 d.lg.n.276/2003 che esenta l'appalto dalla applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda.

Per alcuni il fatto che in caso di mero subentro nell'esecuzione dell'appalto non vi sia un rapporto negoziale tra i due successivi appaltatori rende impossibile l'applicazione dell'art.2112; altri invece ritengono che se il committente abbia trasferito all'appaltatore anche l'impresa o un ramo con contestuale riassunzione dei dipendenti il successivo appalto debba applicare le procedure di cui all'art.2112

La seconda interpretazione sembra più conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

4 .Il quadro normativo nei paesi europei

L'esame, non sommario, delle discipline straniere rende evidente che il recepimento della direttiva negli ordinamenti interni è avvenuto qualificando trasferimento, ai sensi della direttiva, **qualsiasi operazione circolatoria di beni o servizi, restando neutrale il legislatore europeo circa la fonte del trasferimento**. Peraltro va rimarcato che la direttiva ha il precipuo scopo di "assicurare il mantenimento" dei diritti dei lavoratori, primo tra tutti ovviamente il posto di lavoro al quale gli altri diritti accedono.

Va sottolineato, come avverte la metodologia del diritto comparato che l'interpretazione del singolo istituto deve trovare corretta interpretazione nel complessivo disegno normativo nel quale detto istituto è collocato. In particolare l'attenzione verso la dinamica normativa nel suo complesso deve farsi più rigorosa ove siano presi ad esame istituti del diritto del lavoro che necessariamente hanno origine e disciplina nella contrattazione collettiva. I paesi nei quali il contratto collettivo ha efficacia "erga omnes" non hanno, ad esempio, necessità di attuare le direttive utilizzando lo strumento legislativo. Pertanto, le informazioni acquisite sulla disciplina specifica in materia di appalti devono tenere in considerazione il modello sindacale prescelto nei singoli paesi europei.

La maggior parte dei paesi europei adotta tecniche per reprimere gli appalti illeciti e misure di solidarietà nella successione degli appalti per i crediti dei lavoratori, estendendo l'applicazione delle garanzie previste per il trasferimento d'azienda, anche all'appalto. In coerenza con la direttiva l'elemento del collegamento negoziale nella ipotesi di successione nell'appalto è, infatti, considerato come insignificante (v.Germania, Francia, Regno Unito).

Il Regno Unito ha recepito la direttiva 2001/23/CE nel Transfer of Undertakings (protection o employment) regulation del 1981 (TUPE) che all'art.5 dispone che "tutti i diritti, le facoltà e gli obblighi del cedente derivanti dal o vincolati al contratto sono trasferiti al cessionario". Pertanto, la normativa britannica demanda alla contrattazione collettiva e al giudice nazionale la disciplina di dettaglio del trasferimento. La giurisprudenza inglese ha ammesso la validità di clausole contrattuali "dinamiche", di conservazione dell'occupazione, che si trasferiscono anche ai contratti collettivi successivi.

Sono in sostanza i contratti collettivi che possono inserire delle clausole di ultrattività dei diritti di conservazione dell'occupazione per un certo numero di anni

In Svezia l'Employment Protection Act all'art. 6 ter dispone che i contratti di lavoro e le condizioni in vigore al momento del trasferimento seguano i dipendenti nel rapporto di lavoro con il nuovo datore. Sono i contratti collettivi, che in Svezia hanno una percentuale di effettività pari al 90%, a disciplinare nel dettaglio le vicende circolatorie.

Alcuni sistemi non si preoccupano di distinguere tra appalto lecito ed illecito ma affermano una responsabilità condivisa tra tutti gli utilizzatori della prestazione di lavoro (c.d. codatorialità). L'ipotesi si realizza nei casi in cui il lavoratore è impiegato congiuntamente da due o più datori di lavoro o in cui il lavoro presso l'uno non sia completamente dissociato da quello presso l'altro ovvero si accerti l'influenza di entrambi sulle condizioni che modellano il rapporto di lavoro (Joint Employment doctrine).

In Belgio i contratti collettivi, che in quel paese hanno efficacia erga omnes, dispongono che in caso di successione di appalti "il datore di lavoro tenterà – per quanto possibile -di realizzare la continuità dei contratti di lavoro". In ogni caso è salvaguardata l'occupazione per i rappresentanti sindacali. Il nuovo appaltatore ha l'obbligo di offrire il 75% dei posti di lavoro ai dipendenti dell'impresa che ha perso l'appalto.

5.Possibili soluzioni a tutela dell'occupazione

Alla luce delle osservazioni di cui sopra, vi sarebbe lo spazio per chiedere un recepimento della direttiva sul trasferimento d'azienda più corretta e quindi una modifica dell'art.2112 e dell'art.29 del d.lgsn.276/2003, in alternativa si potrebbe introdurre una causa presso la Corte di giustizia per ottenere il medesimo risultato.

Ovviamente il giudice nazionale ha competenza sufficiente ad affermare una interpretazione più vicina all'orientamento del giudice europeo. Nell'ipotesi in cui dovesse riconoscere che la vigente disciplina sia meno favorevole ai lavoratori rispetto alla disciplina comunitaria, il giudice nazionale può disapplicare l'art.29 del d.lgsn.276/2003.

Qualche incoraggiante segnale emerge dalla giurisprudenza nazionale più recente. In una pronuncia la Suprema corte (n.493/2005) richiamando i principi comunitari ha già provveduto ad ampliare la nozione di "cessione contrattuale" e vi ha ricompreso proprio l'ipotesi di subentro di un appaltatore ad un altro nella gestione di un servizio

Ancora, una decisione del Tribunale Di Asti del 27/02/2007 (My Chef Ristorazione

Commerciale srl e altri c. Morando) con chiarezza afferma che per trasferimento d'azienda, ai sensi dell'art. 2112 c.c., ai fini della conservazione dei rapporti di lavoro e dei diritti dei lavoratori, deve intendersi ogni cambiamento della titolarità dell'azienda, con qualsiasi strumento giuridico avvenga il relativo passaggio, a prescindere da un rapporto contrattuale diretto tra imprenditore uscente e imprenditore subentrante nella gestione. Tale trasferimento è configurabile anche in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio.