

VERONA

03-05 OTTOBRE 2019

**I tempi e i
luoghi del lavoro**

Convegno AGI, Verona, 4 ottobre 2019
prof. avv. Franco Scarpelli

Le regole dell'appalto (anche nella logistica) tra
concorrenza, qualità dei processi produttivi, tutele
della stabilità

Settori nei quali l'appalto è modalità strutturale di organizzazione di fasi della produzione di beni o servizi.

**Tematiche implicate ed effetti:
non è solo questione di tutele del lavoratore,
Infatti...**

- Condizioni della concorrenza
- Qualità dei processi produttivi e tutela/dispersione delle professionalità
- Sviluppo della dimensione e qualità dell'impresa
- Stabilità occupazionale
- Tutele nel rapporto: trattamenti economici e normativi; garanzie patrimoniali (regola solidarietà)

Si legge in un CCNL (Turismo 2018, Fipe-Angem, parte speciale ristorazione collettiva, premessa sulla funzione clausole sociali):

“è necessario ed urgente approntare nuovi strumenti che, aggiungendosi a quelli esistenti, favoriscano la creazione di un mercato nel quale si affermino soggetti in grado di offrire un prodotto rispondente alle richieste, sia in termini di qualità che di capacità professionali e di rispetto delle norme contrattuali”.

Le imprese più strutturate, insieme alle oo.ss., **vogliono le clausole sociali** di tutela dell'occupazione, come elemento di stabilizzazione delle condizioni di concorrenza e di maturazione del mercato.

Appalto e somministrazione irregolare

Gli snodi della disciplina e il ruolo della certificazione.

Il caso dell'appalto di una lavorazione minore in una industria alimentare (disosso delle cosce di pollo, confezionamento, avvio del prodotto a soggetti terzi) con certificazione ex art. 84 d.lgs. 276/2003:

- il ruolo ambiguo (e insufficiente) dell'esercizio del potere direttivo
- il ruolo della commissione di certificazione
- compatibilità con il CCNL (nel caso art. 4 CCNL alimentari vieta di appaltare «i lavori svolti in azienda direttamente pertinenti le attività di trasformazione»)
- rilevanza della certificazione nelle iniziative di tutela (Trib. Bari 02/03/2017: è improponibile la domanda, in caso di contestazione sulla difformità tra l'esecuzione del rapporto di lavoro ed il contratto d'appalto certificato, senza esperire il tentativo di conciliazione ex art. l'art. 80, comma 4, D Lgs. n. 276/2003).

Il cambio di appalto: le clausole sociali nei contratti collettivi

Art. 4 del ccnl Multiservizi:

“in caso di cessazione di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali l'impresa subentrante **si impegna a garantire l'assunzione** senza periodo di prova degli addetti esistenti in organico sull'appalto - risultanti da documentazione probante che lo determini - almeno 4 mesi prima della cessazione stessa, salvo casi particolari quali dimissioni, pensionamenti, decessi.”

Art. 6 ccnl multiservizi ambientali:

“L'impresa subentrante **assume ex novo**, senza effettuazione del periodo di prova, tutto il personale in forza a tempo indeterminato ivi compreso quello in aspettativa ai sensi dell'art.31 della legge n. 300/1970”

**CCNL Logistica, trasporto merci e spedizione (confederale):
evoluzione delle clausole su appalti (tra 2013 e rinnovo
3.12.2017, art. 42)**

- > forte controllo sistema appalti**
- > rafforzamento clausola sociale**

1. Le parti, consapevoli dei crescenti fenomeni di illegalità diffusi nelle attività di logistica, facchinaggio e movimentazione merci, si impegnano a contrastare tali fenomeni attraverso ogni utile strumento atto a garantire il pieno rispetto della normativa e della disciplina sugli appalti.

2. Ai fini del presente articolo, gli ambiti oggetto di esternalizzazione, attraverso l'utilizzo di appalti, sono riferiti ad attività quali logistica, facchinaggio, movimentazione, magazzinaggio delle merci, all'interno dei processi produttivi. Le attività per la gestione delle operazioni di cui sopra saranno affidate solo ad imprese che applicano il presente CCNL e non possono essere oggetto di sub appalto. L'assegnazione di un appalto da parte di un Consorzio ad impresa associata non costituisce subappalto.

3. I soggetti economici affidatari potranno essere società di capitali

4. Gli operatori affidanti ed affidatari delle attività devono recepire integralmente, all'interno del contratto di appalto, le condizioni ed i contenuti posti a tutela del lavoro. Il soggetto affidatario applicherà il presente CCNL, in ogni sua parte, compresa la sanità integrativa e l'ente bilaterale di riferimento, oltreché tutte le norme relative alla sicurezza ed alla salvaguardia dei lavoratori nonché alla contrattazione di secondo livello, così come previste dal CCNL stesso.

5. Saranno motivo di risoluzione del contratto il mancato rispetto di uno o più punti summenzionati oltre che l'accertamento, da parte dei soggetti sindacali, dei committenti, delle autorità ispettive, di una o più delle seguenti violazioni da parte dell'appaltatore interessato ad eventuali terziarizzazioni:

- Omesso e/o incongruente versamento contributivo e/o assicurativo.
- Applicazione di un CCNL diverso dal presente contratto;

9. L'impresa appaltante includerà nel contratto di appalto con l'impresa subentrante il passaggio diretto, senza soluzione di continuità, a parità di condizioni di appalto, di tutti i lavoratori impiegati nell'appalto stesso da almeno 6 mesi continuativi, fatti salvi gli eventi sospensivi previsti dalla legge, mantenendo l'anzianità pregressa e tutti i trattamenti salariali ed i diritti normativi, ivi compresa per i lavoratori occupati nei siti produttivi prima del 7 marzo 2015 l'applicazione della legge 92/2012 e la continuità della loro storia disciplinare. Quanto sopra nel rispetto dell'autonomia organizzativa apicale dell'azienda subentrante e delle innovazioni tecnologiche, informatiche e di automazione intervenute.

Quando le clausole sociali del CCNL non bastano: cambio d'appalto e art. 2112 c.c.

Quale interesse a far valere l'applicazione dell'art. 2112 c.c.?

Lavoratori non assunti dal subentrante: accertamento della prosecuzione del rapporto di lavoro in capo al cessionario

- casi nei quali non si applica la clausola sociale (settore che non la prevede, impresa subentrante non vincolata, ecc.)
- lavoratori che, pur in presenza di clausola sociale, sono esclusi soggettivamente dall'obbligo di assunzione (direttivi, presenti sull'appalto da meno del periodo minimo indicato dal CCNL, assenti al momento della cessazione)
- lavoratori che, pur in presenza di clausola sociale, sono esclusi per via di una riduzione di organico (assunzioni parziali)

Lavoratori assunti dal subentrante, ma interessati a far valere continuità ex art. 2112 C.C.

- assunzione con offerta di condizioni lavorative peggiorative
- assunzione tardiva e ricostituzione continuità rapporto (es. assenti per malattia, gravidanza o altro al momento subentro)
- riconoscimento anzianità di servizio dall'inizio precedente rapporto di lavoro, a fini economici e normativi
- responsabilità solidale per crediti precedenti, ex art. 2112 2° comma

Lavoratori assunti dal subentrante e successivo licenziamento

- riconoscimento anzianità ai fini applicazione art. 18 SL, se assunzione post 7.3.2015
- riconoscimento anzianità per criteri di scelta, in caso licenziamento collettivo
- riconoscimento anzianità anche ai fini dell'applicazione d.lgs. 23/2015 (quando anzianità da assunzione è maggiore di anzianità nell'appalto ex art. 7 decr. 23)

Per inciso: l'azione di accertamento del diritto all'applicazione dell'art. 2112 c.c. non è soggetta al regime di decadenza ex art. 32 L. 183/2010

La Cassazione aderisce all'interpretazione più corretta dell'art. 32, comma 4, lett. c): si applica al caso in cui il lavoratore è stato ceduto in (scorretta) applicazione dell'art. 2112, ma non al caso opposto in cui si invoca l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda (Cass. 4.4.2019, n. 9469; Cass. 8.4.2019, n. 9750)

Art. 29, 3° comma, d.lgs. 276/2003
(prima della L. 122/2016)

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.

La norma andava intesa nel senso che la mera assunzione, da parte del subentrante nell'appalto, non integra **di per sé** trasferimento d'azienda ove non si accompagni alla cessione dell'azienda o di un suo ramo autonomo (Cass. n. 11247/2016), ma se in un appalto di servizi un imprenditore subentra ad un altro **e nel contempo ne acquisisce il personale e i beni strumentali organizzati (cioè l'azienda)**, la fattispecie è soggetta al 2112 (Cass. n. 24972/2016)

Art. 29, 3° comma, d.lgs. 276/2003 (dopo la L. 122/2016)

*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..*

Un caso in ambito logistica: Trib. Pavia 10.9.2019

- > Gestione attività ricevimento veicoli via terra, scarico veicoli da carri ferroviari, movimentazione sul piazzale, servizi di preconsegna (lavaggio, montaggio optional), ecc.: appalto di alcune fasi dell'attività (scarico veicoli, manutenzione piazzale, rigenerazione usato)
- > Rientro delle fasi appaltate in gestione diretta della committente, con assunzione di una parte consistente degli addetti dell'appaltatrice

Sentenza: l'identità di mezzi strumentali utilizzati e sostanziale identità forza lavoro utilizzata portano a escludere che ricorrano elementi di discontinuità tali da sottrarre a disciplina trasferimento d'azienda

Trib. Bologna 7.7.2017

Lavoratrice pulizie **in gravidanza al momento del subentro appalto**. Alla fine del congedo licenziata da cedente – che applicava CCNL multiservizi e contava sul passaggio – ma non assunta da subentrante, che nega applicabilità clausola sociale perché applica CCNL Anpit-Cisal (che nulla prevede sul punto): chiesta reintegrazione su cessionaria.

Sentenza: nullità recesso per violazione 2112 c.c.; respinta difesa su art. 29 3° comma: **la mera riduzione quantitativa dell'appalto non è elemento di discontinuità**

Trib. Torino 21.11.2018

Cambio appalto gestione residenza anziani: ritenuta continuità contenuto e modalità del servizio: applicazione art. 2112 c.c.

“non è apprezzabile alcuna soluzione di continuità ed alcuna sostanziale divergenza tra la gestione a carico della ASL, affidata alla X, e quella a carico di Y: la convenuta ha infatti da subito cominciato a svolgere la stessa attività di assistenza, impiegando lo stesso personale ed utilizzando gli stessi beni in favore degli stessi pazienti della precedente affidataria del servizio.”

Trib. Rovigo 13/3/2018

Cambio appalto servizi fiduciari di una Banca: assunzione di addetto con trattamento peggiore per mutamento CCNL (da Multiservizi a Vigilanza/Servizi fiduciari) e con rapporto socio-lavoratore.

Sentenza: è caso di successione art. 2112 c.c.; respinta difesa su art. 29 3° comma: ai fini “elementi di discontinuità determinanti una specifica identità di impresa” **non basta la presenza di due nuovi coordinatori servizio, in carenza di allegazioni su differenza dal passato, né il numero di ore leggermente inferiore, né l’applicazione di diverso CCNL.**

Questione sistematica: l'art. 29 c. 3 ha rilevanza di fattispecie?

Gli elementi che l'art. 29 individua, letti in positivo, valgono a definire il subentro nell'appalto come fattispecie tipica di cessione d'azienda – o meglio di parte (ramo) d'azienda – al ricorrere dei presupposti/indici organizzativi indicati dalla disposizione?

Cioè, se l'art. 29 c.3 dice:

“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” ...

Allora si può affermare il contrario? ...

... cioè che: “**L'acquisizione del personale** già impiegato nell'appalto (...) **costituisce trasferimento d'azienda** o di parte d'azienda ... (in caso di subentro di un nuovo appaltatore NON dotato (nell'appalto n.d.r.) di propria struttura organizzativa e operativa (diversa dal personale n.d.r.) ... ove **NON siano presenti** elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa” ...

L'acquisizione del personale – che nella fattispecie generale ex art. 2112 c.c. è un effetto del trasferimento d'azienda – in caso di appalto sembra essere **elemento costitutivo della fattispecie** (purché manchino elementi di discontinuità che caratterizzano specifica identità del subentrante rispetto al precedente appaltatore) ...

Rispetto alla teorica del trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c. si produce un **potenziale allargamento del campo di applicazione della disciplina artt. 47 l. 428/1990 e 2112 c.c.**, applicabile anche a un sottotipo di cessione di ramo d'azienda, caratterizzato da elementi costitutivi in parte diversi

Ad es., sembra non rilevare se l'unità caratterizzata dai lavoratori impiegati nell'appalto – e passati al subentrante – fosse dotata di autonomia funzionale verso il cedente ...

... potrebbe ritenersi estensione della disciplina a caso che non integra (o può non integrare) gli elementi ricostruiti nel tempo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (sent. Hernández Vidal, Scattolon e altre) ...

... ma **sentenza Amatori (6.3.2014)**:

la Direttiva 2001/23 “non osta ad una normativa nazionale (...) la quale (..) consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell’ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un’entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento”

l’articolo 8 della direttiva “dispone che quest’ultima non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori”

Grazie

Franco Scarpelli