

**CORSO DI PERFEZIONAMENTO E APPROFONDIMENTO
SUL TEMA DEL DIRITTO DEL LAVORO POST JOBS ACT**

Incontro del 30 Novembre 2016

LE PROBLEMATICHE RELATIVE ALLA DISCIPLINA DEGLI APPALTI DI MANODOPERA

Intervento

Avv. Michelangelo Salvagni

STUDIO LEGALE
MICHELANGELOSALVAGNI

Via Germanico, 172 - 00192 Roma

 +39 06 45619474 - +39 06 45619475 -  +39 06 45619476

email studiolegale@michelangelosalvagni.it - PEC avv.michelangelosalvagni@puntopec.it

sito web - <http://michelangelosalvagni.it/>

DIVIETO DI INTERPOSIZIONE DI MANODOPERA

L'articolo 85, comma 1, lettera c) del D.Lgs. n. 276 del 2003 ha abrogato la fattispecie interpositoria disciplinata dalla legge n. 1369 del 23 ottobre 1960.

Art. 1 L. n. 1369 del 23 ottobre 1960

- **Comma 1. È vietato all'imprenditore affidare in appalto, in subappalto o in qualunque altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono.**
- **Comma 3. È considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante.**
- **Comma 5. I prestatori di lavoro, occupati, in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni.**

CRITERI GIURISPRUDENZIALI PER L'INDIVIDUAZIONE DELL'ILLEGITTIMA INTERPOSIZIONE DI MANODOPERA

ex L. 1369/60

- quando l'appaltatore non è dotato di sufficiente autonomia organizzativa e gestionale
- quando l'appaltatore non assume un rischio d'impresa
- nel caso in cui vi è sottoposizione del personale dell'appaltatore alla direzione gerarchica dell'appaltante secondo uno schema di ragionamento assimilabile a quello delle controversie avente ad oggetto la natura subordinata, attraverso:
 - ✓ esercizio del potere direttivo da parte del committente
 - ✓ autorizzazione e coordinamento dell'appaltante in materia di ferie, permessi e assenze
 - ✓ omogeneità dell'orario lavorativo e intercambiabilità di ruolo con altri dipendenti dell'appaltante
 - ✓ quando l'appalto era realizzato avvalendosi di capitali, macchine e attrezzature del committenti (presunzione assoluta di interposizione prevista dall'art. 1, comma 3, L. 1369/60)

APPALTO

ART. 1655 C.C. – Nozione di Appalto

L'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con **organizzazione dei mezzi necessari** e con **gestione a proprio rischio**, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro

Le novità del D.Lgs. n. 276/03

Art. 29, comma 1 – Appalto

Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la **organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore**, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, **dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto**, nonché per la **assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa.**

Art. 29, comma 2 - La responsabilità solidale

Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti, in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori. Il committente che ha eseguito il pagamento è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta ai sensi delle disposizioni del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, e può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali. *(comma modificato dall'art. 3, comma 31, legge n. 92 del 2012, poi dall'art. 28, comma 2, d.lgs. n. 175 del 2014; la disposizione non si applica alle pubbliche amministrazioni in forza dell'[art. 9, comma 1, legge n. 99 del 2013](#))*

Sanzioni

Appalto

Art. 29, comma 3-bis

Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2.

Somministrazione irregolare

Art. 27, comma 1, del D.Lgs. n. 276/03

Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione.

Somministrazione irregolare

Art. 38 D.lgs. 81 del 2015

(ha abrogato l'art. 27, comma 1, del D.Lgs. n. 276/03)

1. In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione di lavoro è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore.
2. Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, lettere a), b), c) e d), il lavoratore può chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione.
3. Nelle ipotesi di cui al comma 2 tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione o nella gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione.
4. La disposizione di cui al comma 2 non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

TUTELA DEI LAVORATORI IMPIEGATI NELL'APPALTO E LEGISLAZIONE DEL LAVORO

D.L. 248/2007 (Conv. L. 31/2008) - Art. 7, comma 4 bis

4-bis. Nelle more della completa attuazione della normativa in materia di tutela dei lavoratori impiegati in imprese che svolgono attività di servizi in appalto e al fine di favorire la piena occupazione e di garantire l'invarianza del trattamento economico complessivo dei lavoratori, l'acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto, a seguito del subentro di un nuovo appaltatore, non comporta l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, in materia di licenziamenti collettivi, nei confronti dei lavoratori riassunti dall'azienda subentrante a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

COMPUTO DELL'ANZIANITÀ DI SERVIZIO NEGLI APPALTI

D. LGS. 23/2015 - Art. 7

Ai fini del calcolo delle indennità e dell'importo di cui all'articolo 3, comma 1, all'articolo 4, e all'articolo 6, l'anzianità di servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata.

CLAUSOLA SOCIALE CAMBIO D'APPALTO NEI CALL CENTER

L. 11/2016 - Art. 1, comma 10

In caso di successione di imprese nel contratto di appalto con il medesimo committente e per la medesima attività di call center, il rapporto di lavoro continua con l'appaltatore subentrante, secondo le modalità e le condizioni previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro applicati e vigenti alla data del trasferimento, stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali maggiormente rappresentative sul piano nazionale. In assenza di specifica disciplina nazionale collettiva, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con proprio decreto adottato sentite le organizzazioni datoriali e sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale, definisce i criteri generali per l'attuazione del presente comma. Le amministrazioni pubbliche e le imprese pubbliche o private che intendono stipulare un contratto di appalto per servizi di call center devono darne comunicazione preventiva alle rappresentanze sindacali aziendali e alle strutture territoriali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

REQUISITI DELL'APPALTATORE

Nella nuova definizione di appalto, rispetto alla precedente legge n. 1369/60, non vi è più un divieto di prestare i lavoratori ma ciò che rileva è la figura dell'appaltatore quale imprenditore:

- a) dotato di un'organizzazione autonoma
- b) con assunzione del rischio d'impresa

Con la nuova definizione di appalto il legislatore ha riconosciuto una veste normativa ad una nozione smaterializzata di organizzazione di mezzi e di impresa in quanto l'apparato organizzativo può consistere anche in soli lavoratori (c.d. appalto *labour intensive*) necessari alla realizzazione dell'opera o del servizio.

In tal caso è sempre necessario che l'appaltatore eserciti sui propri lavoratori i poteri tipici del datore di lavoro di tipo direttivo, organizzativo, di controllo e disciplinare.

GESTIONE DELL'APPALTO

La nuova definizione di appalto ha tenuto conto dell'evoluzione tecnologica e del nuovo sistema economico che hanno determinato una minore importanza dei beni materiali necessari per la gestione dell'appalto.

Un appalto può essere realizzato in forma imprenditoriale:

1. in base a determinate competenze e conoscenze dell'appaltatore (c.d. *know how*)
2. mediante la gestione di un gruppo di lavoratori da organizzare e dirigere

Essendo venuta meno la presunzione di intermediazione di mano d'opera ex art. 1, co. 3, Le. 1369/60 nel caso di utilizzo di capitali, macchinari e attrezzature che vengono fornite dal committente, ad oggi non sussiste alcun divieto per l'appaltatore di utilizzare strumenti forniti dal committente purché:

- gli strumenti forniti dal committente siano integralmente affidati e gestiti dall'appaltatore
- il committente non si ingerisca nella gestione di tali strumenti

POTERE DI CONTROLLO DEL COMMITTENTE

Il committente può esercitare un potere di controllo sull'esecuzione dei lavori per verificare che l'appaltatore esegua l'opera e/o il servizio rispettando le prescrizioni contrattuali quindi senza vizi e secondo il risultato concordato.

Tuttavia il controllo del committente deve limitarsi a verificare il risultato contrattualmente richiesto e sono consentite disposizioni del committente ai responsabili del servizio dell'appaltatore.

Il committente non può esercitare alcun potere di direzione e organizzazione sui lavoratori dell'appaltatore, né può fornire direttive sulle modalità di svolgimento delle prestazioni, realizzando in tal caso un appalto illecito.

APPALTO E RISCHIO D'IMPRESA

Requisito essenziale per la genuinità dell'appalto è l'assunzione a proprio rischio della gestione dello stesso da parte dell'appaltatore.

L'appaltatore, con la stipulazione del contratto di appalto, deve assumere i rischi per l'esercizio dell'attività di impresa.

L'appalto è illecito se la differenza tra il corrispettivo pattuito con il committente e i costi necessari a realizzare l'opera o il servizio non comportino un adeguato margine di profitto.

Quando il corrispettivo erogato all'appaltatore sia pari alla copertura dei soli costi del lavoro, si realizza una presunzione di somministrazione irregolare di mano d'opera.

Elementi giurisprudenziali per la riconoscibilità dell'appalto illecito o non genuino nell'interpretazione del D. Lgs. 276/2003

Al fine di verificare la non genuinità dell'appalto – ossia la presenza di un'impresa fittizia, priva cioè di un'autonoma organizzazione – soccorrono, alcuni indici frutto dell'elaborazione della giurisprudenza, la quale ritiene infatti sussistere interposizione di manodopera e/o appalto illecito anche quando l'appaltatore è dotato di una vera e propria organizzazione d'impresa, ma si limita, in concreto, a fornire solo la manodopera, non assumendo alcun rischio economico in merito alla realizzazione del servizio dedotto in contratto. Affinché si abbia un contratto di appalto genuino:

- i lavoratori dell'appaltatore non devono sostituire in alcun modo i dipendenti del Committente
- i lavoratori devono essere riconoscibili come dipendenti dell'appaltatore e non devono confondersi con i lavoratori del Committente
- è necessario che non siano fornite direttive e/o istruzioni al lavoratore da parte Committente che le deve fornire solo all'appaltatore o ai responsabili del servizio dell'appaltatore
- i lavoratori dell'appaltatore non devono prendere ordini da soggetti diversi dal medesimo, non sono soggetti al potere direttivo e di controllo del Committente o di un suo dipendente, e non possono quindi essere allontanati dal Committente

L'esercizio del potere direttivo e organizzativo dell'appaltatore nei confronti del proprio personale utilizzato nell'appalto, costituisce uno degli elementi più qualificanti di un contratto di appalto lecito, in quanto implica l'esclusione dell'intromissione del Committente nell'esecuzione dell'appalto.

L'appalto di conseguenza è legittimo quando l'appaltatore si impegna al raggiungimento di un determinato risultato assumendosi il rischio economico d'impresa e operando con autonomia rispetto al committente.

Inoltre l'appaltatore deve disporre di una organizzazione imprenditoriale.

Nel caso di appalto legittimo di opere e servizi vige il vincolo solidale tra committente e appaltatore, sia riguardo la corresponsione di un trattamento retributivo minimo inderogabile che di un trattamento normativo, non inferiori a quelli previsti per i lavoratori direttamente dipendenti dall'appaltatore, sia riguardo gli obblighi di natura previdenziale e assistenziale.

L'appalto è invece illegittimo quando un terzo, al fine di sollevare dagli obblighi di legge il vero imprenditore, s'inserisce nel rapporto di lavoro figurando come datore di lavoro.

L'interposizione fittizia di manodopera ricorre pertanto nei casi in cui l'appaltatore non disponga di una effettiva organizzazione di impresa.

Quando cioè in capo all'appaltatore non sia rilevabile il rischio di impresa.

Va quindi verificato, per stabilire l'esistenza o meno dell'appalto fraudolento se:

- vi è la totale assenza di organizzazione e direzione di lavori da parte dell'intermediario
- la pattuizione del corrispettivo è in relazione alle ore prestate dai dipendenti dell'intermediario e non all'opera o al servizio
- la circostanza che la prestazione effettivamente svolta esuli da quella oggetto di appalto, ricomprendendo anche mansioni di competenza dei dipendenti del datore di lavoro committente.

Art. 29, comma 3 – Il cambio appalto

Vecchia formulazione

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.

Nuova formulazione (L. 7/07/2016 N. 122, art. 30)

(GU Serie Generale n.158 del 8-7-2016)
Entrata in vigore: 23/07/2016

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 identità di impresa**, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda.

SUCCESSIONE DI APPALTI, TUTELA DELL'OCCUPAZIONE E CLAUSOLE SOCIALI

L'art. 29, comma 3, D.Lgs. 276/2003, disciplina l'ipotesi di successione dei contratti di appalto ma la legge non obbliga il subentrante a riassumere i lavoratori del precedente appaltatore tutelando i diritti maturati presso quest'ultimo.

Tale risultato è stato però raggiunto grazie alla contrattazione collettiva che, nella maggior parte dei contratti collettivi ha espressamente previsto delle c.d. clausole sociali (o anche clausole di riassunzione) con l'obiettivo di gestire l'occupazione e i conflitti nei casi di cambio appalto ove la finalità principale è quella di tutelare la continuità dell'occupazione.

Si vedano, in merito, ad esempio le seguenti clausole sociali:

- CCNL Turismo (Confcommercio) del 18/01/2014
- CCNL Servizi ambientali e territoriali (Federambiente) del 17/06/2011
- CCNL Vigilanza privata (Assvigilanza) dell'8/04/2013

che prevedono un procedimento per l'individuazione dei lavoratori interessati sulle condizioni di operatività e anche sulla configurabilità in capo all'impresa subentrante di un vero e proprio obbligo di assumere tutti i lavoratori del precedente appaltatore senza periodo di prova, garantendogli un trattamento retributivo non inferiore a quello di cui godevano in precedenza.

La clausola sociale di riassunzione è riconducibile alla fattispecie del contratto a favore di terzo disciplinato dall'art. 1411 c.c. a cui corrisponde un diritto soggettivo da parte del singolo lavoratore.

CLAUSOLE SOCIALI IN TEMA DI CAMBIO APPALTO

CCNL IMPRESA PULIZIA E SERVIZI INTEGRATIVI/MULTISERVIZI

Articolo 4 - CESSAZIONE DI APPALTO

Rilevato che il settore è caratterizzato, nella generalità dei casi, dalla produzione dei servizi tramite contratti di appalto e che da questo conseguono frequenti cambi di gestione fra le imprese con risoluzione di rapporti di lavoro da parte dell'impresa cedente e predisposizione delle necessarie risorse lavorative, con assunzioni ex novo, da parte dell'impresa subentrante, le Parti intendono tenere conto, da un lato, delle caratteristiche strutturali del settore medesimo e delle attività delle imprese e, dall'altro, dell'obiettivo di tutelare nel modo più concreto i livelli complessivi della occupazione.

Le Parti convengono pertanto la seguente disciplina, valida per ogni tipologia giuridica di impresa produttrice di servizi, cedente o subentrante (società, cooperativa, ecc.), anche ai sensi dell'articolo 7, comma 4bis, del decreto-legge 31/12/2007, n. 248, convertito in legge 28/2/2008, n. 31.

In ogni caso di cessazione di appalto, l'Azienda cessante ne darà preventiva comunicazione, ove possibile nei 15 giorni precedenti, alle strutture sindacali aziendali e territoriali competenti, fornendo altresì informazioni sulla consistenza numerica degli addetti interessati, sul rispettivo orario settimanale, indicando quelli impiegati nell'appalto in questione da almeno 4 mesi; l'azienda subentrante, con la massima tempestività, preventivamente all'inizio della nuova gestione e, ove oggettivamente ciò non sia possibile, in tempi utili e comunque su richiesta delle Organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del c.c.n.l. darà comunicazione a queste ultime del subentro nell'appalto. Alla scadenza del contratto di appalto possono verificarsi 2 casi:

a) 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;

b) in caso di cessazione di appalto con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante - ancorché sia la stessa che già gestiva il servizio - sarà convocata presso l'Associazione territoriale cui conferisce mandato, o in assenza presso la Direzione Provinciale del Lavoro o eventuale analoga istituzione territoriale competente, ove possibile nei 15 giorni precedenti con la rappresentanza sindacale aziendale e le Organizzazioni sindacali stipulanti territorialmente competenti per un esame della situazione, al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità.

Nelle procedure di cambio di appalto l'impresa subentrante, fermo restando quanto previsto dalle lettere a) e b) di cui sopra, assumerà in qualità di dipendenti i lavoratori dipendenti e i soci – lavoratori con rapporto di lavoro subordinato trasferiti dall'azienda cessante.

Ove l'impresa subentrante sia costituita in forma cooperativa, resta impregiudicata la successiva facoltà del lavoratore dipendente di presentare formale richiesta di adesione in qualità di socio.

Al socio verrà comunque garantito un trattamento economico complessivo non inferiore a quello previsto dal presente c.c.n.l.

Tali assunzioni non costituiscono occupazione aggiuntiva.

Nell'ipotesi in cui siano in atto, al momento della cessazione, sospensioni dal lavoro che comunque comportino la conservazione del posto di lavoro, il rapporto continuerà alle dipendenze dell'azienda cessante e l'addetto verrà assunto dall'azienda subentrante nel momento in cui venga meno la causa sospensiva.

I lavoratori in aspettativa ai sensi dell'art. 31, legge n. 300/1970 saranno assunti dall'azienda subentrante con passaggio diretto e immediato.

Gli addetti assunti con contratto a termine saranno assunti dall'impresa subentrante fino alla scadenza del rapporto originariamente determinato.

In ogni caso di passaggio di lavoratori da una ad altra azienda ai sensi dell'articolo 4 del presente C.C.N.L., il periodo di apprendistato già svolto, rispetto al quale l'azienda cessante è tenuta a fornire idonea documentazione a quella subentrante, è computato per intero ed è utile ai fini dell'anzianità di servizio.

L'impresa cessante consegna all'impresa subentrante la seguente documentazione, relativa a ciascun lavoratore avente i requisiti previsti per l'eventuale assunzione:

- ✓ nominativo e codice fiscale;
 - ✓ eventuale permesso di soggiorno e sua scadenza;
 - ✓ livello di inquadramento;
 - ✓ orario settimanale;
 - ✓ data di assunzione nel settore;
 - ✓ data di assunzione nell'azienda uscente;
 - ✓ situazione individuale in materia di malattia e di infortunio sul lavoro, ai fini ed entro i limiti di cui all'art. 51, commi 4 e 5, del vigente c.c.n.l.;
- nonché
- ✓ l'elenco del personale assunto obbligatoriamente ai sensi della legge n. 68/1999;
 - ✓ le misure adottate ai sensi del decreto legislativo n. 81/2008 in materia di salute e sicurezza del lavoro, relativamente alla sorveglianza sanitaria ed al medico competente, ed alle iniziative di formazione e informazione, incluso lo stato di attuazione degli adempimenti di cui all'Accordo 21/12/2011 tra il Ministero del Lavoro e la Conferenza Stato/Regioni;
 - ✓ le iniziative di formazione e/o addestramento, ivi comprese quelle relative agli eventuali contratti di apprendistato professionalizzante e/o di inserimento stipulati nonché quelle eventuali riguardanti il Libretto formativo del cittadino – di cui all'art. 2, lett. i) del decreto legislativo 10/9/2003, n. 276, e al Decreto Ministero Lavoro 10/10/2005;
 - ✓ l'iscrizione dei lavoratori ai fondi di previdenza complementare ed al fondo di assistenza sanitaria integrativa di cui agli articoli 54 e 69 del vigente c.c.n.l..

Per il personale coinvolto nel passaggio di appalto di cui al presente articolo l'azienda cessante è esonerata dal dover corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso di cui all'articolo 57.

DICHIARAZIONE A VERBALE

Le parti si danno atto che la normativa di cui al presente articolo, in caso di assunzione per passaggio diretto e immediato, non intende modificare il regime connesso alla cessazione di appalto che prevede la risoluzione del rapporto di lavoro con l'impresa cessante per soppressione del posto di lavoro ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604/1966 e la costituzione ex novo del rapporto di lavoro con l'impresa subentrante.

Le parti, a tal fine, richiamano e allegano al presente c.c.n.l., la nota del Ministero del Lavoro prot. N. 5/25 316/70 APT del 14/3/1992 confermata con circolare del 28/5/2001 n. 5/26514/7APT/2001 e il testo dell'articolo 7, comma 4bis, del decreto-legge 31/12/2007 n. 248, convertito in legge 28/02/2008 n. 31.

CCNL PER I DIPENDENTI DA ISTITUTI DI VIGILANZA PRIVATA 2004 – 2008

Art.25 – Cambio di Appalto e/o affidamento di servizio

Premessa.

Le parti ritengono che per la qualificazione dell'attività di vigilanza a mezzo di guardie giurate, disciplinata dal presente CCNL, è necessario adottare misure al fine di conseguire l'obiettivo di favorire, nel settore, la salvaguardia occupazionale per gli operatori che abbiano acquisito una specifica qualificazione professionale, in linea con le direttive in ordine alla qualità dei servizi.

Rilevato: che l'affidamento di importanti servizi di vigilanza, per la consistenza numerica del personale da impiegare, comporta la possibilità di cambio d'appalto e/o affidamento di servizio a seguito dell'espletamento di procedure di gara che con il cambio di appalto e/o affidamento di servizio si possono determinare esuberi occupazionali per l'azienda che ha perduto il servizio; che ciò comporta la dispersione di professionalità tecnica ed operativa acquisita e la perdita di occupazione, con le conseguenti problematiche e costi collettivi sociali.

Le parti convengono di proporre l'inserimento nei bandi di gara, a partire dagli appalti pubblici, di clausole che prevedano l'applicazione della norma contrattuale relativa alla salvaguardia delle professionalità acquisite ed alla tutela dell'occupazione esistente, di conseguenza decidono di trasmettere, alle Direzioni Provinciali del Lavoro e Prefetture nei singoli territori, il presente CCNL nella parte che regola le procedure da attivare, in caso di cambio d'appalto e/o affidamento di servizio, per evitare ricadute occupazionali di rilevante impatto sociale e la dispersione di professionalità acquisite con formazione ed addestramento professionale, Il mancato rispetto delle eventuali determinazioni scaturite dall'attivazione delle procedure previste in questo articolo e nei successivi, sarà considerata mancata applicazione del CCNL stesso.

Trasferimento di azienda e/o ramo di azienda

ART. 2112 C.C.

1. In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed **il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.**
2. Il cedente ed il cessionario sono **obbligati, in solido**, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.
3. Il cessionario è tenuto ad **applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza**, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.
4. Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il **trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento.** Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma.
5. Ai fini e per gli effetti di cui al presente **articolo si intende per 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 ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda.** Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al **trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento.**
6. **Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.**

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

Il cambio appalto che configura il trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.

➤ **Corte di Cassazione del 6/04/2016 n. 6693 – Pres. Di Cerbo, Est. Boghetich**

La sentenza affronta la vicenda di un appalto affidato da parte di una società a partecipazione regionale a una società consortile operante nel campo dei servizi sanitari ausiliarie che cessava la propria attività intimando a tutti i propri dipendenti il licenziamento a seguito di una procedura collettiva:

- 1) l'appalto veniva affidato dal committente ad una società consortile neo costituita (fattispecie di cambio appalto)
- 2) venivano assunti tutti i lavoratori del precedente appaltatore tranne alcuni tra cui quelli che avevano ottenuto provvedimenti giudiziali di conversione del contratto a termine e quelli che erano in possesso dei requisiti pensionistici.

Sia il Tribunale sia la Corte di Appello di Palermo accertavano la sussistenza di un trasferimento di azienda ex art. 2112 c.c. *“essendo la società consortile subentrata nell'attività economica già svolta dal precedente datore di lavoro in favore delle strutture sanitarie regionali, adoperando la quasi totalità della forza lavoro in precedenza addetta all'attività medesima”*.

La Corte di Cassazione, nel confermare la sentenza di Corte di Appello, afferma un passaggio importante rispetto al concetto di “**entità economica trasferita**” che si ritiene possa essere realizzata anche “*da un gruppo di lavoratori che svolga stabilmente un’attività comune*” laddove “*il nuovo titolare non si limiti a proseguire l’impresa ma riassuma anche una parte essenziale del personale specificatamente destinato dal predecessore a tali compiti*”.

Il principio, in sintesi, è:

un gruppo di lavoratori che svolge un’attività comune può corrispondere ad un’entità economica e quindi realizzare la fattispecie del trasferimento d’azienda ex art. 2112 c.c.

Tale sentenza trova riscontro in altri precedenti giurisprudenziali della Suprema Corte che hanno riconosciuto l’applicabilità dell’art. 2112 c.c. anche all’ipotesi di successione appalto aderendo ad una lettura il più possibile conforme alla disciplina comunitaria.

In tal senso si veda Cass. del 16/05/2013 n. 11918; Cass. del 13/04/2011 n. 8460; Cass. del 15/10/2010 n. 21278

Si considera trasferimento d'azienda il cambio appalto in cui resti immutata la struttura dell'impresa.

➤ **Tribunale di Busto Arsizio del 12/07/2016, Est. Fumagalli**

Nel caso sottoposto al Tribunale di Busto Arsizio, un lavoratore, a seguito di un cambio appalto, presentava ricorso per chiedere la prosecuzione del rapporto in capo all'impresa subentrante. Il Giudice, visto che in occasione del cambio appalto, erano stati assunti nella nuova società quasi tutti i lavoratori, in assenza di **elementi di discontinuità** che dimostrassero una diversa organizzazione del lavoro e dell'attività di impresa, ha riconosciuto l'esistenza di un trasferimento d'azienda con le conseguenze previste dall'art. 2112 c.c. e la prosecuzione del rapporto di lavoro in capo al subentrante.

Afferma il Giudice sul punto *“nel caso di specie è pacifico che la società sia subentrata nell'attività economica in precedenza svolta dal vecchio appaltatore e che la quasi totalità della forza lavoro in precedenza addetta alla medesima attività (escluso cioè soltanto il ricorrente) è stata assunta dalla nuova proprio per lo svolgimento di tale incombenza e proprio perché già a conoscenza delle caratteristiche dell'attività da espletare presso l'inceneritore del committente. [...]*

*Il fatto che la società subentrata nella gestione del servizio movimentazioni rifiuti sanitari e pulizia/movimentazione dell'area dell'impianto si sia organizzata **in modo parzialmente differente**, abbia fornito **istruzione professionale ai neo assunti** ed abbia **nominato un proprio responsabile non comporta** certo il venir meno della fattispecie del **trasferimento di ramo d'azienda**. [...]*

*Anche **l'acquisto di un nuovo muletto** non è di per sé sufficiente a far venir meno la fattispecie di cui all'art. 2112 c.c., tenuto conto del fatto che, come ammesso dal subentrante, **i restanti beni strumentali** sono stati messi a **disposizione direttamente dalla stessa committente**. [...]*

Peraltro, considerata la tipologia svolta e la semplicità della stessa, si ritiene che l'organizzazione dell'attività economica coincida prevalentemente con l'organizzazione dei lavoratori rispetto a quella dei beni da questi utilizzati per la fornitura dei servizi”.

La prima decisione sull'interpretazione della nuova norma sul cambio appalto: vi è trasferimento d'azienda quando la successione dell'appalto non determini una discontinuità dell'impresa.

➤ **Tribunale di Roma, ord. del 23/09/2016, Est. Armone**

La sentenza riguarda alcuni lavoratori che hanno lavorato per molti anni presso il medesimo magazzino del committente in virtù di ripetuti contratti di assunzione con diverse società appaltatrici che si sono susseguite nella gestione dell'azienda.

L'istruttoria svolta ha confermato che i diversi cambi appalto coinvolgevano in blocco tutti i lavoratori addetti al magazzino, incluso il capo impianto, e nei vari passaggi non vi era una significativa discontinuità d'impresa.

I lavoratori, con la successione degli appalti, quasi non si accorgevano del cambio di appaltatore né venivano informati dai sindacati e l'azienda subentrante proponeva un nuovo contratto di lavoro.

Secondo il Tribunale di Roma, che sul punto richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia *“si ha trasferimento di azienda anche nell'ipotesi di cambio appalto quando il passaggio dei lavoratori, da un appaltatore all'altro, **non determini una significativa discontinuità dell'impresa, indipendentemente dal trasferimento contestuale di beni materiali e dall'esistenza di rapporti contrattuali tra impresa cessante e impresa subentrante**”*.

Sempre il Tribunale di Roma afferma che, secondo la Corte di Giustizia europea, ***“l’assenza di beni materiali trasferiti e la loro appartenenza al committente o anche al cessionario non sono decisive per poter escludere la presenza di un trasferimento d’azienda [...]”***.

Tale indirizzo trova ormai conferma, oltre che nella ***recentissima modifica dell’art. 29***, nello stesso testo dell’***art. 2112, quinto comma***, c.c. che stabilisce: *ai fini e per gli effetti di cui la presente articolo si intende per trasferimento d’azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento della titolarità di un’attività economica organizzata. [...]*.

Se ne deve concludere che, pur essendo possibile tutt’ora una distinzione tra cambio appalto e trasferimento d’azienda, specie negli appalti di servizi è ben configurabile un trasferimento d’azienda in presenza di passaggio di appalto c.d. labour intensive”.

DECADENZA DALLA DOMANDA DI COSTITUZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO ALLE DIPENDENZE DEL COMMITTENTE

Secondo l'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza, l'azione tesa ad ottenere una sentenza costitutiva del rapporto di lavoro alle dipendenze del committente in caso di appalto illecito sarebbe soggetta al termine decadenziale previsto dall'art. 32, comma 4, lett. d), L. 183/2010 (c.d. collegato lavoro):

[...] d) in ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dall'articolo 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto.

Si discute su quale sia il ragionamento interpretativo che consenta l'applicazione di tale norma decadenziale in quanto il summenzionato art. 32, comma 4, lett. d) non contiene espressamente il riferimento all'appalto ai sensi dell'art. 29, D.Lgs. 276/2003.

Tuttavia, secondo alcuni autori e parte della giurisprudenza, l'applicazione di tale norma decadenziale può essere applicata in maniera analogica sulla base di quanto previsto (sempre dall'art. 32, comma 4, lett. d), per l'ipotesi di cui all'art. 27, D.Lgs. 276/2003 quando si chiede la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare del contratto.

Per quanto riguarda il dies a quo per l'impugnativa dell'appalto illecito, si ritiene che lo stesso inizi a decorrere dal momento in cui il rapporto venga interrotto con il lavoratore, momento in cui cessa la soggezione del lavoratore al potere direttivo sia dell'appaltatore sia del committente.

Legge 183/2010, art. 32, comma 4

4. Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche:

a) ai contratti di lavoro a termine stipulati ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla scadenza del termine;

b) ai contratti di lavoro a termine, stipulati anche in applicazione di disposizioni di legge previgenti al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e già conclusi alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla medesima data di entrata in vigore della presente legge;

c) alla cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile con termine decorrente dalla data del trasferimento;

d) in ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dall'articolo 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto.