

Roma, 14 Luglio 2016

CIRCOLARE N. 17/2016

Prot. 107/2016
Sez. II/1

**A TUTTI GLI ISTITUTI ASSOCIATI
LORO SEDI**

Oggetto: Le novità in materia di “cambio appalto” introdotte dalla nuova disciplina dell’art. 29, comma 3, del “Decreto Biagi”.

Nella Gazzetta Ufficiale n. 158 dell’8 Luglio 2016 è stata pubblicata la Legge n. 112/2016 contenente disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti all’appartenenza dell’Italia alla Unione Europea; la legge è intervenuta anche in materia di lavoro, con una nuova formulazione del comma 3 dell’art. 29 (appalto) del D.Lgs. 276/2003 (c.d. Riforma Biagi), che risulta ora essere il seguente:

*“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 di appalto, **ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d’impresa**, non costituiscono trasferimento d’azienda o di parte d’azienda.”*

L’art. 29, comma 3, del c.d. Decreto Biagi nella precedente formulazione consentiva al nuovo appaltatore, in presenza di apposita disciplina nel Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro (cfr. art. 24 e segg. CCNL Vigilanza Privata) di assumere “solo” il numero di lavoratori precedentemente impiegati nell’appalto ivi previsti e alle specifiche condizioni indicate dal CCNL, senza l’applicazione della più gravosa disciplina del trasferimento di azienda contenuta nell’art. 2112 c.c., evitando così all’imprenditore di dover attivare preventivamente la procedura di consultazione sindacale e l’obbligo di assumere, senza soluzione di continuità, tutto il personale precedentemente impiegato nell’appalto, alle medesime condizioni economiche/normative in essere con la società cessante.

La norma, così come prima formulata, era stata, però, ritenuta dalla Commissione Europea non conforme ai principi della Direttiva 2001/23/CE del 12/03/2001 sul trasferimento di azienda, in quanto escludeva il mantenimento dei diritti dei lavoratori precedentemente impiegati nella società cessante, in presenza di fattispecie come il cambio di appalto, assimilabili, soprattutto nel caso di appalti cd. “*labour intensive*”, al trasferimento di azienda.



Al fine di contrastare la procedura di pre infrazione avviata dalla Commissione Europea, il cui iter conclusivo avrebbe comportato, in assenza di interventi legislativi, l'abrogazione totale del 3° comma dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003, con conseguenti e pesanti ricadute gestionali per tutta una serie di attività sovente soggette a cambio di appalto, per le quali si sarebbero dovute applicare in toto le regole sul trasferimento di azienda contenute nell'art. 2112 c.c., il legislatore nazionale è intervenuto riformulando il comma 3° dell'art. 29, così come sopra indicato.

La nuova norma, frutto di un evidente compromesso tra la volontà del legislatore nazionale di mantenere, comunque, per i cambi appalto "genuini", una disciplina più favorevole rispetto a quella prevista dall'art. 2112 c.c., e la necessità di non sottrarsi alle indicazioni del diritto comunitario, ha, quindi, previsto che l'esenzione di cui all'art. 2112 c.c., in caso di cambio appalto, **non dipenda solo dal rispetto dell'apposita procedura prevista nel CCNL**, dovendo il nuovo appaltatore essere dotato di **"propria struttura organizzativa ed operativa"** ed essere presenti anche ulteriori **"elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa"**.

Secondo la novellata norma, il soggetto che subentrerà nell'appalto potrà essere esonerato dall'obbligo di applicare la disciplina di trasferimento di azienda, fermo il rispetto della procedura di cui al CCNL, solo se dimostrerà di essere dotato di propria struttura organizzativa e operativa, ma soprattutto a condizione che sussistano elementi di discontinuità con il precedente appaltatore che determinino una specifica identità di impresa.

Stante i requisiti organizzativi previsti per gli Istituti di Vigilanza dal D.M. 269/2010, è da ritenersi che, per il comparto della Vigilanza Privata, l'attuale formulazione normativa non porrà particolari problemi applicativi per quanto riguarda la dizione "dotato di propria struttura organizzativa ed operativa", mentre ben più problematica risulterà l'interpretazione, stante la sua genericità, del punto successivo, in forza del quale il servizio del nuovo appaltatore dovrà essere realizzato, sentito anche quanto riferito dal Presidente della Commissione Lavoro nell'intervento effettuato in aula sul punto il 4 Maggio u.s., con **metodo organizzativo tale da creare discontinuità rispetto alla precedente esecuzione.**

Infatti, se si tiene conto del fatto che nel nostro comparto le attività maggiormente interessate a procedure di cambio appalto sono quelle c.d. di presidio fisso, rispetto alle quali, stante le caratteristiche del servizio erogato, i modelli organizzativi d'impresa sono sostanzialmente identici sia per l'Istituto cessante che per quello subentrante, una formulazione così generica, e priva di parametri oggettivi, potrebbe dar luogo ad incertezze e contenziosi, rimettendo così alla successiva interpretazione giudiziale l'eventuale decisione sulla fattispecie da applicare (cambio appalto o trasferimento azienda) con evidenti rischi d'impresa per la società subentrante in caso di riqualificazione ex art. 2112 c.c. della fattispecie.

Tenuto conto del fatto che, soprattutto in una prima fase applicativa, il nuovo comma 3, così come novellato, potrebbe comportare un anomalo ricorso all'interpretazione del giudice, si auspica da parte dei competenti organi l'emanazione, in tempi rapidi, di una circolare interpretativa, che renda più chiara e certa la distinzione tra le due fattispecie, e si raccomanda agli Associati impegnati in procedure di "cambio appalto" ex art. 24 CCNL di procedere tenendo conto dei nuovi requisiti richiesti dalla norma.

Distinti saluti.

Avv. Giovanni Pollicelli

