

Esternalizzazioni e garanzie dei lavoratori

Michela Pistoni - Avvocato e Funzionario della direzione provinciale del lavoro di Modena (*)

Ormai da diversi anni, esigenze di specializzazione tecnica e flessibilità organizzativa hanno spinto e spingono molti imprenditori a trasferire all'esterno della loro compagine aziendale determinate attività che, tradizionalmente, rientravano nella gestione dell'azienda.

È quello che accade nei servizi di pulizie o di ristorazione e mensa, affidati sempre più spesso in gestione a soggetti terzi attraverso la stipula di contratti di appalto.

L'affidamento a terzi di attività dell'impresa, anche direttamente connesse alla produzione, viene comunemente denominato "esternalizzazione".

Inteso nella sua accezione più ampia, esternalizzazione è tutto ciò che prima veniva organizzato e gestito all'interno dell'impresa direttamente dal suo titolare e che ora è gestito dall'esterno, sotto il controllo di un soggetto terzo: in questa definizione rientra non solo la somministrazione di lavoro, ma anche l'affidamento a terzi di una o più funzioni dell'impresa, anche direttamente connesse alla produzione.

Non necessariamente ad una esternalizzazione consegue un trasferimento di azienda, di un suo ramo o di strutture o mezzi.

Questa distinzione è importante ai fini della tutela dei lavoratori occupati poiché solo in caso di trasferimento di ramo di azienda la loro tutela è fornita direttamente dalla disciplina dell'istituto (1), il quale non trova applicazione - neppure analogica - nel caso in cui ad essere trasferita sia l'attività aziendale.

In tema di successioni di appalti, il legislatore è intervenuto

con l'art. 29 del decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003 inducendo la contrattazione collettiva ad introdurre specifiche disposizioni in materia.

Ma procediamo con ordine all'analisi del fenomeno, ponendo attenzione alla disciplina della contrattazione collettiva riguardante i settori delle pulizie e di ristorazione e mensa.

Esternalizzazioni e contratti di appalto

Nozioni e disciplina normativa

L'appalto è definito dall'art. 1655 del codice civile come quel «contratto con cui 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».

Durante la sua esecuzione, l'appaltatore può avvalersi di personale dipendente, cioè di manodopera regolarmente assunta e denunciata agli enti previdenziali ed assicurativi di competenza.

Per tale ragione, il decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003 (2) si è preoccupato di tutelare i prestatori di lavoro con la previsione di una responsabilità solidale (3) tra committente ed appaltatore avente ad oggetto, negli appalti di opere e servizi (4), la *corresponsione dei trattamenti retributivi e contributi previdenziali dovuti ai lavoratori occupati per l'esecuzione del contratto*, salvo che il committente sia una persona fisica non esercitante un'attività di impresa o professionale (5).

La solidarietà termina dopo

due anni dalla cessazione dell'appalto (6).

Il comma 3 dell'art. 29 specifica altresì che il personale già impiegato nell'appalto ed «acquisito» a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro (di seguito Ccnl) o di clausola del contratto di appalto non

Note:

(1) Art. 2112 c.c.

(2) Art. 29, comma 2.

(3) L'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è sostituito dalla legge n. 296 del 27 dicembre 2006 (Legge finanziaria per il 2007) dal seguente: «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 ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti».

(4) La legge n. 296 del 27 dicembre 2006 (Legge finanziaria per il 2007) ha esteso la portata della norma anche agli appalti di opere, poiché nella versione originaria della norma erano contemplate unicamente gli appalti di servizi.

(5) L'art. 6 del decreto legislativo n. 251 del 6 ottobre 2004 ha aggiunto all'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 i commi 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) e 3-ter (Fermo restando quando previsto dagli articoli 18 e 19, le disposizioni di cui al comma 2 non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale).

(6) Relativamente alla responsabilità solidale tra committente ed appaltatore, il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto è stato introdotto dalla Legge finanziaria per il 2007, poiché nella versione originaria della norma il comma 2 prevedeva il limite di un anno.

costituisce trasferimento di azienda o di parte di essa. Si esplicita dunque quanto la giurisprudenza in passato aveva sostenuto circa la non coincidenza tra trasferimento di azienda e di cessazione di impresa, con conseguente impossibilità di applicazione della disciplina del primo alla seconda.

Solamente in caso di trasferimento d'azienda, infatti, il codice prevede che il rapporto di lavoro del personale dipendente continui con il cessionario, con conservazione di tutti i diritti che ne derivano.

Ad ogni modo, per evitare che dalla cessazione dell'appalto conseguisse automaticamente la cessazione del rapporto di lavoro del personale occupato, è stata prevista in molti Ccnl (7) una norma (definita anche «clausola sociale») che impone all'appaltatore subentrante di rilevare tutto il personale già occupato dall'appaltatore uscente, in analogia a quanto disposto dall'art. 2112 del codice civile in caso di cessione/trasferimento d'azienda (8).

Per clausola di assorbimento si intende dunque quella disposizione che tutela i lavoratori di un'impresa subentrante in un contratto di appalto nel momento del termine dell'esecuzione del contratto stipulato tra quest'ultima e una pubblica amministrazione o un privato.

Ccnl Servizi di pulizia e Turismo settore ristorazione collettiva

I Ccnl dei servizi di pulizia e di ristorazione e mense, caratterizzati dall'effettuazione del servizio tramite contratti di appalto successivi che determinano conseguenti risoluzioni dei rapporti di lavoro per giustificato motivo obiettivo, contengono disposizioni di salvaguardia per il personale dipendente dell'impresa uscente (9). La cessazione dell'appalto infatti, per giurisprudenza costante, legittima il licenzia-

mento della manodopera coinvolta solamente nel caso in cui si dimostri che la perdita dell'appalto è stata il fattore determinante il licenziamento: in pratica si dimostri di non poter più inserire i lavoratori coinvolti in nessun altro cantiere.

Il contratto di appalto è soggetto ad una naturale durata, cioè è limitato nel tempo, dunque i lavoratori dipendenti della ditta appaltatrice, al momento del suo termine, non avrebbero più alcun titolo per continuare a prestare la propria opera lavorativa nel luogo in cui avevano prestato un'opera o un servizio in esecuzione dello stesso.

La clausola di assorbimento di cui sopra, richiamata nei Ccnl, consente ai lavoratori coinvolti di non perdere l'occupazione e di iniziare con la ditta subentrante un nuovo rapporto di lavoro, conservando le medesime prestazioni, modalità e termini, senza periodo di prova. In caso di cessazione d'appalto, la procedura da rispettare è la seguente.

Sarà cura dell'azienda cessante comunicare preventivamente la cessazione dell'appalto alle strutture sindacali aziendali e territoriali competenti, fornendo altresì informazioni sulla consistenza numerica dei lavoratori interessati, sul loro orario settimanale ed il numero di quelli impiegati nell'appalto in questione da *almeno 4 mesi per il settore delle pulizie o da almeno 3 mesi in quello della ristorazione collettiva*. Allo stesso modo, l'azienda subentrante dovrà dare, con la massima tempestività alle organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del Ccnl di categoria, comunicazione del subentro nell'appalto.

Alla scadenza del contratto, possono verificarsi due casi:

- 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 docu-

mentazione probante che lo determini *almeno 4 mesi (o 3 mesi nel settore della ristorazione collettiva)* prima della cessazione stessa, salvo casi particolari quali dimissioni, pensionamenti, decessi;

- in caso di cessazione di appalto con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali, l'impresa suben-

Note:

(7) L'art. 7 Ccnl Servizi postali appaltati.

(8) L'art. 2112 del codice civile, rubricato *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda* testualmente recita: «In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.

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.

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.

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.

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.

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 1676».

(9) Art. 4 Ccnl Pulizia del 19 dicembre 2007; art. 346-354 Ccnl Turismo del 19 luglio 2003.

trante sarà convocata presso l'Associazione territoriale cui conferisce mandato, o in assenza presso la Direzione provinciale del lavoro o analoga istituzione territoriale competente, al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali

Nei Ccnl di servizi di pulizia e di ristorazione si è scelto già da decenni di tutelare solamente il personale dipendente con una seppur minima anzianità di servizio (3 o 4 mesi), poiché era invalsa la prassi da parte dell'impresa uscente di effettuare all'ultimo minuto assunzioni *ad hoc* con l'unico scopo di costringere l'impresa subentrante a procedere all'assunzione anche dei lavoratori assunti da pochissimi giorni prima della scadenza del contratto di appalto, cioè di lavoratori che oggettivamente non potevano esser stati assunti ai fini dell'esecuzione del contratto di appalto di servizi oggetto di cessione.

Mancata applicazione delle tutele dei Ccnl

Può accadere però che la ditta subentrante non abbia la necessità di assumere altro personale dipendente, poiché ad esempio in grado di poter sopperire al nuovo lavoro con il personale già in forza, o che pur avendone necessità proceda ad assunzioni non conformandosi a quanto disposto dai Ccnl.

La tutela offerta dai Ccnl obbliga come noto solo le parti stipulanti, cioè non ha efficacia *erga omnes* per via della mancata attuazione dell'art. 39 della Costituzione, lacuna ovviata dalla giurisprudenza che ne ha riconosciuto l'applicazione anche a soggetti non stipulanti.

Di fatto, però, le assunzioni effettuate dall'impresa subentrante in conformità dei Ccnl non le precludono la possibili-

tà di procedere a licenziamenti individuali o collettivi, se ne ricorrono ovviamente i presupposti previsti dalla legge.

Se un'azienda, pur essendovi tenuta per disposizione del Ccnl di categoria, non procede alle assunzioni, i lavoratori interessati potranno adire l'autorità giudiziaria per ottenere il solo risarcimento del danno da chi si dimostri essere l'effettivo soggetto che ha eluso le disposizioni contrattuali, cioè o solo l'impresa uscente, che non ha informato la subentrante degli obblighi derivanti dalla contrattazione collettiva, o solo quest'ultima, che pur conoscendoli non ha voluto uniformarsi, o entrambe.

E se l'impresa subentrante, "costretta" dalla disposizione contrattuale (proveniente o solo dal Ccnl o richiamata altresì dal capitolato speciale di gara relativamente ai contratti pubblici), ad assumere il personale dell'azienda cessante, in un secondo momento procedesse a licenziamenti causati da giusta causa o giustificato motivo oggettivo? Adducendo ad esempio la riduzione di un ramo aziendale o di commesse?

La giurisprudenza (10) sostiene in tali ipotesi la legittimità del licenziamento fondato su giusta causa o giustificato motivo oggettivo: il rispetto delle disposizioni sulla cessazione d'appalto non sono ritenute affatto preclusive di un diritto attribuito ai datori di lavoro dalla legge, non ritenendo esistente nel nostro ordinamento giuridico un principio generale sulla base del quale l'appaltatore subentrante dovrebbe adottare obbligatoriamente la stessa organizzazione d'impresa dell'appaltatore uscente.

La clausola c.d. sociale deve dunque essere interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve assumere i medesimi lavoratori occupati dall'appaltatore uscente, purché il loro numero e qualifica siano compatibili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante (11).

Se così non fosse, se cioè si precludesse al datore di lavoro

subentrante di poter licenziare i suoi dipendenti, tra cui rientrano a pieno titolo anche quelli "acquisiti" in seguito a cessazione d'appalto, si offrirebbe a questi ultimi una maggior stabilità rispetto alla precedente situazione occupazionale.

Non solo.

Imporre loro una maggiore stabilità sarebbe ingiustamente discriminatorio della nuova aggiudicataria rispetto a quella precedente, la quale avrebbe potuto licenziare i propri lavoratori nei casi consentiti dalla legge dai contratti individuali e collettivi.

Come precedentemente esposto, l'aggiudicataria potrebbe utilizzare il personale della prima impresa anche in altri servizi o con orari diversi, o come socio lavoratore, con beneficio dei conseguenti vantaggi contributivi e fiscali.

La giurisprudenza civile ed amministrativa infatti ha più volte affermato che dalla clausola sociale del Ccnl di categoria non sorge alcun diritto diretto ed immediato dei lavoratori ad esser assunti alle dipendenze della nuova azienda aggiudicatrice dell'appalto (12). I dipendenti assunti in adempimento della clausola di assorbimento potranno avvalersi delle azioni a tutela del proprio rapporto di lavoro allo stesso modo in cui avrebbero potuto farlo nei confronti della precedente aggiudicataria (13).

Note:

(10) Tribunale amministrativo regionale Puglia, Lecce, Sez. II, n. 4270/2007.

(11) Tribunale amministrativo regionale Puglia, Lecce, Sez. I, n. 3956/2007.

(12) Cass. civ., sez. lav., 13 dicembre 1999, n. 14001; Tribunale amministrativo regionale Lombardia, Milano, Sez. III, n. 1453/2004; Tribunale amministrativo regionale Puglia, Bari, Sez. I, n. 1572/2007.

(13) La legge 28 febbraio 2008, n. 31 ha aggiunto il comma 4-bis all'art. 7 del D.L. n. 248 del 31 dicembre 2007, disponendo che «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
(segue)

I lavoratori che non trovano spazio per motivi oggettivi all'interno dell'organizzazione della ditta subentrante saranno destinatari di ammortizzatori sociali, salvo un loro impiego da parte dell'appaltatore uscente in altri cantieri/stabilimenti.

Nel caso specifico delle aziende appaltatrici di servizi di mensa e di pulizia, può trovare applicazione la disciplina della cassa integrazione o in mancanza dei suoi presupposti si possono utilizzare come ammortizzatori sociali i contratti di solidarietà *ex art. 1* della legge n. 863/1984, applicabili a tutte le imprese industriali (ed a quelle appaltatrici) a condizione che abbiano occupato più di 15 dipendenti nel semestre precedente la data di presentazione della domanda (14).

Infine, il lavoratore al quale non sia stata corrisposta la retribuzione può agire giudizialmente al fine di ottenere quanto dovuto e non ricevuto sia nei confronti dell'appaltante sia nei confronti dell'appaltatore.

La responsabilità solidale del primo però, come esposto in precedenza, non ha durata indeterminata ma è limitata al periodo di due anni, *ex art. 29* comma 3-*bis*, D.Lgs. n. 276/2003.

Quindi, in conformità al termine prescrizione *ex art. 2948* c.c. (di 5 anni), il lavoratore non retribuito potrà chiedere le proprie spettanze economiche entro due anni dalla cessazione dell'appalto sia all'appaltatore uscente sia a quello subentrante, mentre dallo scadere del secondo anno fino al

quinto solamente a quello subentrante.

Note:

(continua nota 13)

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».

(14) Massi E., *Codice degli ammortizzatori sociali*, Ipsoa 2009.