CONTRATTUALISTICA: IL PARERE DEL LEGALE

CAMBIO APPALTO e clausola sociale

di Mario Fusani

La disciplina del cambio appalto è un tema molto sentito per il settore della logistica tanto da prevedere nei vari CCNL di settore, una norma, c.d. clausola sociale, volta a regolare, in caso di successione tra due o più datori di lavoro, diversi tra loro, in un appalto, determinati standard sociali e di protezione occupazionale, che permettano ai lavoratori coinvolti di proseguire la propria attività

Il cambio d'appalto è sempre un momento delicato nella gestione delle risorse umane coinvolte: è importante comprendere cosa prevede la clausola sociale in ambito logistico. Nella foto a lato, l'avvocato giuslavorista Mario Fusani

Ad oggi, non vi è una esplicita definizione di "clausola sociale", anche se tale termine è stato, e continua ad essere, oggetto di dibattiti nel mondo del lavoro. Il Codice degli Appalti, all'art.50, rubricato *Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi*, prevede che i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, e soprattutto quelli ad alta intensità di manodopera (cioè quelli in cui il costo del lavoro risulta pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto), debbano prevedere, nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato.

> "Cambio d'appalto: un momento da gestire con cura"

La norma in oggetto, quindi, chiarisce che l'obbiettivo delle clausole sociali è quello di favorire, in caso di cambio appalto, la stabilità del personale occupato sulla commessa.

Cambio appalto e trasferimento: alcuni chiarimenti

Altra norma fondamentale per comprendere l'ambito di applicazione della clausola sociale, e distinguerla dal trasferimento d'azienda, è l'art. 29, 3 comma, del D.Lgs n. 276 / 2003, il quale stabilisce che, a seguito di subentro di nuovo appaltatore, dotato di una propria struttura, l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto, in forza di Legge, CCNL o clausole contrattuali, non costituisce trasferimento d'azienda nel caso siano presenti elementi di discontinuità che determinino una specifica identità di impresa subentrante.

La norma, dunque, opera una distinzione tra clausola sociale e trasferimento d'azienda, sulla base di due elementi: le qualità soggettive dell'azienda subentrante, che deve essere dotata di una propria struttura organizzativa e produttiva, e la presenza di elementi di discontinuità, cioè di quelli elementi che permettano di distinguere la struttura subentrante da quella precedente.

Al ricorrere di questi due elementi, dunque, il passaggio dei lavoratori verrà regolato dalla disciplina della clausola sociale e non da quella prevista per il trasferimento d'azienda. In quest'ultimo caso, infatti, il rapporto di lavoro continua, senza soluzione di continuità, con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. Nel caso della clausola sociale, invece, l'eventuale riassunzione potrebbe avvenire anche con modalità diverse da quelle precedenti.

Con il termine clausola sociale, quindi, si intende la previsione normativa e/o contrattuale volta ad imporre, in caso di successione tra due o più datori di lavoro, diversi tra loro, in un appalto, determinati standard sociali e di protezione occupazionale, che permettano ai lavoratori coinvolti di proseguire la propria attività.

Clausola sociale tra tutela del lavoratore e obblighi del datore di lavoro

L'intento di preservare l'occupazione dei lavoratori in caso di avvicendamento di diversi datori di lavoro nel medesimo appalto, deve, in ogni caso, essere bilanciato con gli interessi del datore di lavoro il quale potrebbe vedersi costretto, in applicazione della clausola sociale, ad assorbire del personale in eccesso rispetto a quello necessario, ovvero ad applicare un diverso trattamento retributivo e normativo rispetto a quello previsto.

La redazione e l'applicazione della clausola sociale, in sintesi, deve comportare un necessario bilanciamento fra più principi di rango costituzionale: da un lato il diritto al lavoro sancito dall'art. 35 della Costituzione, dall'altro il diritto alla libera iniziativa economica garantito dall'art. 41 della Costituzione. Proprio tale bilanciamento tra interessi di rilevanza costituzionale è stato oggetto di diverse pronunce giurisprudenziali, che hanno stabilito il principio in base a cui la clausola sociale va formulata ed interpretata in maniera elastica e non rigida, in modo che possa esserci bilanciamento tra questi diritti costituzionali.

Dunque, applicare la clausola sociale non vuol dire vincolare l'imprenditore subentrante al mantenimento dei rapporti di lavoro previsti in precedenza, ma soltanto

che vengano rispettati i livelli retributivi e di occupazione precedenti, in armonia però con le possibilità dell'impresa subentrante e sempre che sussistano i requisiti soggettivi e di discontinuità di cui sopra.
Solo così gli interessi costituzionali potranno trovare un bilanciamento. Ciò significa che spetta al datore di lavoro subentrante la valutazione circa le possibili modalità applicative della clausola sociale e la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati in precedenza.
Rientra, infatti, nelle possibilità dell'impresa subentrate, qualora non sia possibile provvedere al reimpiego, anche in altre attività, di tutti i lavoratori interessati, prevedere processi di mobilità o altri strumenti di flessibilità quali, ad esempio, il part-time o la riduzione dell'orario di lavoro.

L'applicazione della clausola sociale nei CCNL del settore logistico

Fino a questo momento si è parlato soltanto di clausola sociale, declinata al singolare, ma in realtà sarebbe più opportuno parlare di "clausole sociali", poiché ve ne sono diverse a seconda del settore di riferimento, e a seconda della disciplina dettata dal CCNL relativo.
Lo stesso vale per il comparto della Logistica, per cui verranno presi in presi in considerazione il CCNL "per i dipendenti da imprese di distribuzione delle merci, della logistica e dei servizi privati" rinnovato nel 2019 ed il CCNL "per i dipendenti da imprese di spedizione, autotrasporto merci e logistica" rinnovato nel 2017, partendo proprio dal primo di questi.

CCNL per i dipendenti da imprese di distribuzione delle merci, della logistica e dei servizi privati

L'art. 53 bis del CCNL per i dipendenti da imprese di distribuzione delle merci, della logistica e dei servizi privati, contiene la disciplina da applicare in caso di cambio appalto, dove fondamentale risulta essere il ruolo della contrattazione sindacale.
Sia l'azienda cessante che quella subentrante sono tenute ad informare le competenti organizzazioni sindacali, fornendo le informazioni circa il personale impegnato e fissando i relativi livelli occupazionali.
In caso di cambio appalto "a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali", poi, l'impresa subentrante si impegnerà a garantire l'assunzione dei lavoratori impiegati sull'appalto che abbiano maturato, al momento della cessazione, una anzianità di almeno 8 mesi.
Il successivo comma 5, poi, stabilisce che, qualora dovessero mutare i termini, le modalità e le prestazioni contrattuali allora dovrà essere avviata una speciale procedura di consultazione sindacale, in cui tutte le parti sociali dovranno incontrarsi 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 ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro o flessibilità delle giornate lavorative. I successivi commi, poi, contengono una serie di previsioni da applicare ai lavoratori in aspettativa o on con contratti a termine, concludendo con l'elenco della documentazione che l'impresa cessante è tenuta a fornire all'azienda subentrante ai fini dell'eventuale assunzione e con la specificazione che l'impesa cessante è esonerata dal pagamento del periodo di preavviso.
Agli occhi di chi scrive, appaiono chiari gli obbiettivi delle parti che hanno redatto tale importante articolo del CCNL.
Da una parte, il diritto alla stabilità occupazionale è stato bilanciato con quello della libertà d'impresa, prevedendo una clausola sociale flessibile e corrispondente ai criteri indicati dalla giurisprudenza. Non è, infatti, previsto alcun obbligo generalizzato all'assunzione di tutti i lavoratori impiegati sull'appalto ed il mantenimento dei livelli retributivi e normativi precedenti, ma al contrario è previsto un impegno al mantenimento del personale. Il CCNL parla, infatti, di stabilità dell'occupazione e di impegno, da parte dell'azienda subentrante, a mantenere tale stabilità, lasciando a quest'ultimo l'articolazione dei rapporti di lavoro, secondo le proprie esigenze.
Dall'altra parte il compito di raggiungere tale equilibrio tra gli interessi citati viene affidato alle parti sociali coinvolte. Alla contrattazione tra sindacati e aziende è infatti rimessa l'individuazione delle modalità con cui raggiungere e garantire il mantenimento dei livelli di occupazione.
Nello specifico, il ruolo delle parti sociali risulta particolarmente enfatizzato nel momento in cui dovessero mutare alcuni aspetti dell'appalto. In questi casi, infatti, alla contrattazione è richiesto di *"armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali"*, prevedendo anche la possibilità di ricorrere a processi di mobilità. Il ricorso alla consultazione sindacale non costituisce soltanto un mero passaggio preliminare, ma è lo strumento principale con cui modellare in concreto la clausola sociale e permettere, dunque, il raggiungimento di un accordo "su misura" che salvaguardi i livelli di occupazione senza frustrare i diritti e le necessità dell'impresa subentrante.
Il CCNL per i dipendenti da imprese di distribuzione delle merci, della logistica e dei servizi privati, quindi, prevede una clausola sociale elastica e affida alla contrattazione tra le parti il compito di stabilire le modalità più consone di applicazione della stessa.

CCNL per i dipendenti da imprese di spedizione, autotrasporto merci e logistica

Anche il CCNL per i dipendenti da imprese di spedizione, autotrasporto merci e logistica, dopo l'accordo di rinnovo del 3.12.2017, ha racchiuso l'intera disciplina applicabile in caso di cambio appalto in un unico articolo, l'art. 42, modificando sensibilmente la disciplina precedente.
Fino al 2017, infatti, il CCNL in questione prevedeva soltanto l'obbligo di avviare una procedura di consultazione sindacale, senza però prevedere alcun obbligo di riassunzione in capo all'impresa subentrante.
L'attuale art. 42 prevede, solo a parità di condizioni di appalto, un vero e proprio obbligo di includere nel nuovo contratto di appalto, stipulato tra impresa appaltante e quella subentrante, il passaggio diretto, senza soluzione di continuità, di tutti i lavoratori impiegati nel precedente appalto e con una anzianità di almeno sei mesi. I dipendenti interessati avranno diritto al mantenimento dei medesimi diritti retributivi e normativi, nonché dell'anzianità pregressa. Consequenzialmente appare sostenibile che le eventuali figure che non trovassero collocazione presso il nuovo appaltatore, potrebbero essere considerati esuberi, qualora non ricollocabili presso il "vecchio" appaltatore e quindi, subire la applicazione delle diverse procedure per riduzione del personale). L'art.42, quindi, stabilisce l'obbligo per l'impresa subentrante di assumere pressoché tutti i lavoratori impiegati sulla commessa alle stesse identiche condizioni applicate in precedenza.
Da ciò, comunque, è sostenibile che vengano escluse le figure apicali e di coordinamento, con le quali il rapporto fiduciario fra datore di lavoro e lavoratore è più marcato.
Appare evidente la rigidità di tale previsione. Nell'art. 42, infatti, il contrasto tra i diritti di libera iniziativa economica ed i diritti di tutela dell'occupazione viene risolto a completo favore di questi ultimi, portando ad una compressione dei primi.
Non solo. La disciplina dettata dal CCNL in questione, inoltre, risulta del tutto identica a quella prevista dall'art.2112 c.c. in caso di trasferimento d'azienda, nonostante siano presenti quelli elementi di discontinuità tra l'impresa cessante e quella subentrante, tali per cui, ai sensi l'art. 29, 3 comma, del D.Lgs n. 276 / 2003, non dovrebbe esserci trasferimento d'azienda.
In sostanza, il CCNL prevede proprio ciò che il legislatore aveva fissato in modo meno vincolante.
Le conseguenze di una tale previsione potrebbero essere diverse. Di sicuro non è possibile escludere che la rigidità della disciplina dettata dall'art 42 possa portare ad un irrigidimento nel sistema degli appalti nei casi in cui venga applicato tale CCNL.
La disciplina prevista dal CCNL per i dipendenti da imprese di distribuzione delle merci, della logistica e dei servizi privati, invece, parrebbe avvicinarsi ai criteri di flessibilità richiesti dalla giurisprudenza e permetterebbe, tramite l'apporto della contrattazione collettiva, anche aziendale, di giungere ad un giusto bilanciamento tra il diritto alla conservazione del lavoro e quello della libera iniziativa economica, entrambi sanciti dalla Carta Costituzionale.
In ogni caso, la scelta tra tali sistemi spetterà all'imprenditore intenzionato a subentrare in un appalto, il quale dovrà attentamente valutare le possibili conseguenze applicative della clausola sociale ed il suo impatto sul proprio sistema di lavoro. ■

GF Legal

Lo studio GF Legal, con sede a Milano, Roma e Londra, opera da oltre 30 anni nell'ambito del diritto del lavoro e sindacale, delle relazioni industriali, della contrattazione individuale e collettiva, del diritto commerciale e societario rivolgendosi a imprenditori, HR, enti e associazioni. Offre consulenze ad hoc, assicurando un'assistenza puntuale e precisa con soluzioni pragmatiche anche non convenzionali volte ad evitare il contenzioso e sempre nel massimo rispetto della riservatezza del cliente.
I founding partners sono:

■ L'Avvocato Mario Fusani, giuslavorista e arbitro in materia di diritto del lavoro e sindacale, è negoziatore e coordinatore per i rinnovi di CCNL nazionali, territoriali e aziendali di diverse categorie. Tra i principali settori in cui opera segnaliamo: Metalmeccanico, Commercio, TLC, Editoria, Logistica ed Entertainment.

■ L'Avv. Cristina Gandolfi è esperta di diritto commerciale e societario sia a livello giudiziale che consulenziale, con particolare attenzione alla contrattualistica ed alle problematiche di natura societaria nell'interesse di società, quotate e non, italiane ed estere. Segue imprese familiari, in particolare nelle fasi di trasformazione e di passaggi intergenerazionali. È Mediatore civile e commerciale/Mediatore Familiare/ Mediatore Aziendale.

Il sito di riferimento dello Studio è www.gflegal.it
Pagina aziendale Linkedin: @GF Legal