

AGI

Avvocati Giuslavoristi Italiani
Sezione Campania

CSDN

CENTRO NAZIONALE STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO
"DOMENICO NAPOLETANO"



CAMBIO D'APPALTO E TUTELA DEL LAVORATORE

INTERVENTO AVV. PASQUALE VISCONTI

PRESENTAZIONE PDF

Cambio d'appalto e divieto di licenziamento nella normativa emergenziale

Art. 46 d.l. 17/3/2020, n. 18 (l. n. 27 del 24/4/2020)

Sospensione delle procedure di impugnazione dei licenziamenti

“A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24, della legge 23 luglio 1991, n. 223 è precluso per 60 giorni e nel medesimo periodo sono sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, **fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto. Sino alla scadenza del suddetto termine, il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non può recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3, della legge 15 luglio 1966, n. 604.**”

Art. 14 d.l. 14/8/2020, n. 104 (l. n. 126 del 13/10/2020)

Proroga delle disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo

1. Ai datori di lavoro che non abbiano integralmente fruito dei trattamenti di integrazione salariale riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19 di cui all'articolo 1 ovvero dell'esonero dal versamento dei contributi previdenziali di cui all'articolo 3 del presente decreto resta precluso l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223 e restano altresì sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, **fatte salve le ipotesi** in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, **sia riassunto** a seguito di subentro di nuovo appaltatore **in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto.**

2. Alle condizioni di cui al comma 1, resta, altresì, preclusa al datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, la facoltà di recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e restano altresì sospese le procedure in corso di cui all'articolo 7 della medesima legge.

obbligo scaturente da una disposizione

- ✓ di natura legale
- ✓ di CCNL o
- ✓ di clausola inserita nel contratto di appalto in base al quale la nuova azienda si è aggiudicata l'appalto.

avv. Pasquale Visconti
Via G.V. Quaranta, n. 8 - Salerno

obbligo legale

contemperamento tra tutela occupazionale e libertà di impresa del subentrante

È lecito che il comportamento del titolare del rapporto (che recede) sia subordinato alla condotta di soggetto, terzo che subentra, senza che l'uscente possa incidere sulle condotte di costui?

Obbligo di Legge : art. 50 del d.lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici) – d.l. semplificazione (l. 120/2020) «le stazioni appaltanti applicano»

“clausola sociale del bando di gara e degli avvisi”

*“Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di **appalto** di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, **i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto***”.

I bandi compatibilmente con il diritto UE, devono prevedere specifiche **clausole sociali volte a favorire la stabilità occupazionale**

Parere consiglio Stato 21/11/2018 e Linee Guida ANAC n. 13

L'art. 50 del D. Lgs. 18/4/2016, n. 50, “**deve essere interpretato conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ulteriormente la platea dei partecipanti, nonché **atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost.**, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto; in sostanza, tale **clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica** e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente. Conseguentemente **l'obbligo di riassorbimento** dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile **con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori**, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali; **la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il totale del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria**”.**

avv. Pasquale Visconti
Via G.V. Quaranta, n. 8 - Salerno

il riassorbimento del personale può essere imposto al nuovo affidatario “solo nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall’esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l’organizzazione del nuovo assuntore”.

Il Consiglio di Stato in maniera univoca (Cons. Stato, sez. III, 07/01/2019, n.142; Cons. Stato, sez. VI, 24/07/2019, n.5243; Cons. Stato, sez. V, 04/05/2020, n.2796, da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 21/7/2020, n. 4665) ha confermato che una clausola sociale ex art. 50, è **costituzionalmente** e comunitariamente **legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall’impresa uscente. Viceversa**, una clausola che impone indistintamente l’assunzione di tutti i dipendenti del precedente esecutore è **da ritenersi illegittima, ostando altresì con i principi costituzionali e comunitari di libera concorrenza e di libera iniziativa imprenditoriale.**

avv. Pasquale Visconti
Via G.V. Quaranta, n. 8 - Salerno

Licenziamenti consentiti (è pur sempre una deroga) sono solo quelli da cui derivi la riassunzione del lavoratore da parte del subentrante . Il recesso, se non interviene la riassunzione del subentrante, resta vietato perché la deroga è vincolata all'effettiva riassunzione.

Solo CCNL ? e se è previsto da contratto di secondo livello, magari aziendale ?

Accordo quadro del 19/11/2020 tra DHL e Cgil, Cisl e Uil su regolazione per lavoratori dipendenti da società che forniscono servizi di movimentazione e distribuzione delle merci . prevede passaggio dei lavoratori impiegati nell'appalto da almeno 6 mesi continuativi

CCNL pulizie

Es.: ad un'impresa del settore industriale (CCNL multi servizi) succede un'azienda artigiana che applica il CCNL del relativo settore. Diversa tutela : il primo prevede a parità di prestazioni contrattuali richieste dall'appaltante che il subentrante assume il personale operante sull'appalto nei 4 mesi antecedenti; quelli che lavorano da meno di 4 mesi non sono tutelati dalla norma contrattuale. Il secondo prevede che le imprese sono obbligate – con franchigia di tre unità - se l'appalto occupa almeno 4 persone .

Tempistica. Se i tempi tra cessazione e subentro non coincidono? (mense scolastiche) se la riassunzione avviene in un momento successivo?

Distinzione responsabilità uscente e subentrante. Se il subentrante pur avendone obbligo non riassume l'uscente non può licenziare. Conseguenza anche risarcitorie

Il lavoratore può rifiutare nuova assunzione? Tutela sussidiaria poiché si aggiunge (Cass. 2014/2020)

Per (Cass. n. 22121 del 2016).

“la scelta effettuata dal lavoratore per la costituzione di un nuovo rapporto con la società subentrante nell'appalto di servizi **non implica, di per sé, rinuncia all'impugnazione dell'atto di recesso, dovendosi escludere che si possa desumere la rinuncia del lavoratore ad impugnare il licenziamento o l'acquiescenza al medesimo dal reperimento di una nuova occupazione**, temporanea o definitiva, non rivelandosi, in tale scelta, in maniera univoca, ancorché implicita, la sicura intenzione del lavoratore di accettare l'atto risolutivo.”

Quanto alla distinzione tra le differenti situazioni di fatto riferite al recesso dell'originario datore di lavoro ed alla costituzione del nuovo rapporto di lavoro con l'impresa subentrante, (Cass. n. 29922 del 2018).

“La garanzia del passaggio dal datore originario all'impresa subentrante, **lascia distinti i rapporti lavorativi**, (non a caso si definisce un rapporto ex novo con l'impresa subentrante), sicchè non solo una regola contrattuale non potrebbe mai escludere la tutela legale che sanziona il recesso illegittimo, ma neppure sarebbe invocabile trattandosi di distinti rapporti contrattuali rispetto ai quali differenti sono le obbligazioni e responsabilità datoriali”

Condizioni differenti del nuovo appalto. (ad esempio vengono modificate le prestazioni? Il subentrante assume solo alcuni? Quali? può farlo senza ridurre gli orari o può destinarli ad altro appalto? Mediazione sindacale. Ma i tempi?

Personale dell'uscente se impiegato su più appalti cosa consegue?

Molti di questi lavoratori, pur se a tempo indeterminato, sono in forza a tempo parziale, magari sono impiegati su più sedi di lavoro, ma il problema, sotto l'aspetto giuridico, rimane. Cessione del contratto? Cessione parziale? Modifica a part time?