

AGI
Avvocati Giuslavoristi Italiani

**CONVEGNO
NAZIONALE**

CON IL PATROCINIO DEL



VERONA

03-05 OTTOBRE 2019

**I tempi e i
luoghi del lavoro**

VERONA
03-05 OTTOBRE 2019

I tempi e i luoghi del lavoro

IL DISTACCO DI LAVORO (IN AMBITO NAZIONALE)

Avv Tea Del Vecchio

DEFINIZIONE E FONTE NORMATIVA LEGALE

Il distacco di personale viene disciplinato con una legge dello Stato per la prima volta nel 2003, (nel D.L. 148/93 vi era soltanto un cenno per evitare cassa integrazione o licenziamenti nell'ambito dei licenziamenti collettivi) dall'**articolo 30 del decreto legislativo n. 276 del 2003** (cosiddetta riforma Biagi) secondo cui:

«un datore di lavoro per soddisfare **un proprio interesse**, pone **temporaneamente** uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una **determinata attività lavorativa.**»

il distacco, sotto il **profilo soggettivo**, presuppone la sussistenza di **tre parti** :

- il datore di lavoro (distaccante)
- uno o più lavoratori (distaccato/i)
- un altro soggetto (distaccatario) che utilizza la prestazione del lavoratore del distaccante.

COSA SUCCEDA, QUINDI, GIURIDICAMENTE, CON IL DISTACCO?

Il distacco del lavoratore **non** comporta una **novazione soggettiva** e l'insorgenza di un nuovo rapporto con il beneficiario della prestazione lavorativa, ma solo una **modificazione nell'esecuzione dello stesso rapporto**, nel senso che «l'obbligazione del lavoratore di prestare la propria opera viene (temporaneamente) adempiuta non in favore del datore di lavoro, ma in favore del soggetto-cui sono attribuiti i connessi poteri direttivi e **disciplinari** (nda: lapsus.. in effetti, come vedremo, è solo il potere direttivo che è in capo al distaccatario, mentre il potere disciplinare, rimane in capo al distaccante che è il datore di lavoro.) presso il quale il datore medesimo ha disposto il distacco del dipendente» (**Cass. civ 15 luglio 2019 n.18888**, che richiama Cass. N. 26138 del 2013).

I REQUISITI ESSENZIALI DEL DISTACCO:

Perché un distacco possa dirsi regolare devono sussistere tre condizioni:

- 1) un interesse** del datore di lavoro, distaccante, a che il lavoratore presti la propria opera presso il soggetto distaccatario
- 2) La **temporaneità** del distacco
- 3) Svolgimento di una **determinata attività lavorativa**

1.- L'INTERESSE DEL DISTACCANTE (Circolare Min Lav n.3/2004)

- non può in alcun modo coincidere con il mero interesse al corrispettivo per la prestazione di lavoro (= somministrazione);
- deve essere inerente l'attività imprenditoriale del distaccante

L'INTERESSE DEVE ESSERE:

- **Specifico:** individuato con esattezza, non con clausole di stile
- **Rilevante:** deve avere caratteristiche idonee a giustificare lo spostamento del lavoratore
- **Concreto:** non deve essere generale e astratto
- **Persistente:** deve permanere per tutta la durata del distacco

Segue

2.- LA TEMPORANEITÀ = breve? No, purchè non sia definitivo

Non è richiesta una durata **predeterminata** sin dall'inizio, ma è necessario che la durata del distacco coincida con quella dell'interesse del datore di lavoro ha che il proprio dipendente presti la sua opera in favore di un terzo.

Il soggetto legittimato a determinare la cessazione del distacco è il datore di lavoro distaccante che può esercitare tale potere in qualunque momento

Segue

3.- LO SVOLGIMENTO DI UNA DETERMINATA ATTIVITÀ LAVORATIVA: il lavoratore distaccato deve essere adibito ad attività specifiche funzionali al soddisfacimento dell'interesse proprio del distaccate. Ne consegue che il provvedimento di distacco **non può risolversi in una messa a disposizione del proprio personale in maniera generica e quindi senza predeterminazione mansioni.**

TRATTAMENTO ECONOMICO E NORMATIVO -

L'articolo 30 della legge Biagi prevede al secondo comma che **"in caso di distacco, il datore di lavoro rimane responsabile per il trattamento economico e normativo a favore del lavoratore"**.

Quanto al trattamento economico, nulla vieta che il distaccatario provveda ad un **rimborso delle spese** sostenute dal datore di lavoro per il pagamento della retribuzione e della relativa contribuzione del lavoratore durante il periodo di distacco. L'importo del rimborso **non può superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal datore di lavoro distaccante**. La fattura non prevede l'Iva in quanto trattasi di puro rimborso del costo del personale distaccato.

Segue

Oltre al trattamento economico rimane in capo al **distaccante** anche il **trattamento contributivo** che deve essere adempiuto in relazione all'inquadramento economico del datore di lavoro distaccante.

Invece per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali (**INAIL**), **il relativo premio rimane a carico del datore di lavoro** distaccante, ma va calcolato sulla base dei premi e della tariffa che sono applicati al distaccatario.

POTERE DIRETTIVO E DISCIPLINARE

Il distacco comporta un **cambio nell'esercizio del potere direttivo**. Il dipendente viene dislocato presso altro datore di lavoro, con contestuale assoggettamento al comando e al controllo di quest'ultimo (potere direttivo), ma non incide sulla titolarità del rapporto in quanto il datore di lavoro distaccante continua a essere titolare del rapporto di lavoro con la conseguenza che il rapporto di lavoro resta disciplinato ai fini economici dalle regole applicabili al datore distaccante. (Cass civ 15 luglio 2019 n. 18888).

Il potere **disciplinare** rimane in capo al datore di lavoro **distaccante**.

La Suprema Corte (Cass civ 3 luglio 2015 N. 13.673) ha ritenuto sussistere la fattispecie in esame di un dirigente distaccato presso altra società partecipata per assumere la sola carica di Amministratore Delegato presso una società partecipata ed è stata ritenuta la legittimità del potere disciplinare della società distaccante nei confronti dirigente.

IL DISTACCO PUÒ ESSERE TOTALE O PARZIALE:

- pieno: la prestazione viene effettuata unicamente presso il distaccatario durante tutto il periodo di distacco;
- parziale: la prestazione viene svolta parzialmente per presso il distaccatario mentre il restante tempo il lavoratore continua a svolgere la prestazione presso il proprio datore di lavoro.

In caso di trasferimento del lavoratore distaccato ad un'unità produttiva ad oltre 50 km dalla precedente sede di lavoro devono sussistere comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive, sostitutive.

LUOGO DI LAVORO

il luogo di lavoro del lavoratore distaccato costituisce una mera modalità di svolgimento della prestazione lavorativa e come tale non assume particolare rilievo, potendosi individuare addirittura **nella stessa sede del datore di lavoro distaccante**. Proprio la **natura dell'attività esercitata dal distaccante** può giustificare l'espletamento della prestazione lavorativa in una o più sedi diverse da quella propria dell'azienda distaccataria (ad esempio trasporto, manutenzione di impianti, controllo di sistemi informatici, eventuali prestazioni di natura intellettuale, eccetera) *Roberto Camera*
Funzionario Ispettorato Nazionale del Lavoro di Modena

Libertà della forma- Le comunicazioni obbligatorie

La norma non prevede requisiti di forma per la comunicazione del distacco che quindi, in teoria, potrebbe avvenire anche verbalmente.

Meglio tuttavia che essa sia comunicata per iscritto: questo requisito è divenuto oggi rilevante per adempiere agli obblighi di comunicazione e di conservazione della documentazione attestante l'autenticità del distacco previsti dal decreto legislativo n. 136/2016 così come integrato dal D. L. N. 50/2017 convertito con modificazioni nella legge n. 96/2017 (attività di trasporto su strada); circolare INL n. 1/2017.

Il distacco va comunicato dal distaccante in via telematica al Centro per l'Impiego entro cinque giorni dall'avvenuto distacco (mod UNILAV). Pena sanzione pecuniaria da 100 a 500 euro a lavoratore.

LIBRO Unico del distaccatario.

Il distacco può essere contestuale all'assunzione del lavoratore.

IL DISTACCO NEI CONTRATTI DI RETE DI IMPRESA

Il contratto di rete d'impresa è disciplinato dall'**art.3**, commi 4 ,
ter, quater e quinquies del **D.L. n.5 del 2009** (convertito dalla L.
n.33/2009)

Con tale contratto, più imprenditori perseguono lo scopo di
accrescere, individualmente o collettivamente la propria capacità
innovativa e competitiva sul mercato e a tal fine si obbligano sulla
base di un programma comune di rete a collaborare in forme e
ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese.

Segue

ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale , commerciale tecnica ovvero ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa.

L'art. 7 comma 2 DL. 76/2013 ha modificato l'art. 30 D.lgs 276/2003 inserendo il comma 4 ter a mente del quale **«qualora il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa [...] l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete, fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall'art. 2103 c.c.**

...E NEI GRUPPI D'IMPRESA

- Il Ministero del Lavoro con l'interpello N. 1/2016, disconoscendo il proprio precedente indirizzo (circolare N 28 del 24 giugno 2005) ritiene possibile che, in caso di ricorso all'istituto del distacco tra le società appartenenti al medesimo gruppo di imprese, ricorrendo, quanto meno le condizioni di cui all'Art 2359, comma 1 cod. civ. (società controllate) l'interesse della società distaccante possa coincidere nel comune interesse perseguito dal gruppo, analogamente a quanto espressamente previsto dal legislatore nell'ambito del contratto di rete.

- Cass 21.4 2016 n. 8068 sottolinea l'analogia con la rete d'impresa.

Circolare n.7 del 29 marzo 2018 l'Ispettorato Nazionale del Lavoro è intervenuto per chiarire la portata delle disposizioni vigenti in materia di «distacco» e «codatorialità» nell'ambito dei **contratti di rete**. A seguito di alcune segnalazioni in ordine ad annunci pubblicitari che proponevano il ricorso a sistemi di esternalizzazione dei dipendenti (dando luogo ad ipotesi di somministrazione e distacchi illeciti), ha chiarito che il personale distaccato, o in regime di codatorialità, non può subire un pregiudizio nel trattamento economico e normativo per effetto della stipula di un contratto di rete. Tale contratto deve essere siglato esclusivamente **tra due o più imprese ai sensi dell'articolo 2082 c.c.** E' obbligatoria, inoltre, **l'iscrizione del contratto di rete nel registro delle imprese**, dalla quale derivano due importanti effetti: l'automaticità dell'interesse al distacco delle parti e la messa «a fattor comune» dei dipendenti attraverso la codatorialità.

I lavoratori in codatorialità devono essere formalmente assunti da una delle imprese partecipanti mediante l'assolvimento dei relativi adempimenti di legge, anche laddove si tratti di socio di cooperativa e rispettando le norme sul distacco. Eventuali omissioni espongono i co-datori di lavoro a responsabilità solidale ai sensi del d. lgs. 276/2003.

Tanto per evitare il rischio che i meccanismi di decentramento e di dissociazione tra la titolarità del contratto di lavoro e l'utilizzazione della prestazione vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale. (Corte Cost 6 dicembre 2017 n. 254).

IL MUTAMENTO DI MANSIONI E IL CONSENSO DEL LAVORATORE – IL NOVELLATO ART. 2103 COD.CIV.

- In caso di distacco del lavoratore, con mutamento delle mansioni, anche solo parziale purché effettivamente **idoneo a ledere il patrimonio di professionalità acquisito**, ai sensi dell'*art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003* è richiesto, **quale elemento costitutivo e condizione di legittimità della fattispecie, il consenso del lavoratore** distaccato, il quale, ricevuta la comunicazione del provvedimento, è pertanto onerato del solo rifiuto ma non anche di rendere note le ragioni che lo sorreggono, rilevando a tali fini il solo mutamento oggettivo delle mansioni, quale conseguenza dell'attuazione dell'ordine, e non anche la rappresentazione di esso fornita dal datore di lavoro nella lettera di comunicazione. (Cass civ. 13 . 12.2018 n. 32330 CED Cassazione, 2018). Fattispecie successiva all'entrata in vigore del nuovo art. 2103 cod.civ.

- parte della dottrina, invece, propende per la **non necessità del consenso** se le mansioni rientrano nello stesso livello e categoria legale di inquadramento ai sensi del novellato 2103 cod. civ.

CONSEGUENZE MANCATA SUSSISTENZA DEI REQUISITI E REGIME SANZIONATORIO –LA DEPENALIZZAZIONE D. lgs N. 8/2016

Qualora manchino i requisiti di legittimità del distacco si è in presenza di un distacco illegittimo e/o irregolare, per cui ai sensi del disposto del comma 4 bis dell'articolo 30 il lavoratore distaccato può ricorrere al giudice del lavoro ex Art 414 CPC per chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro **direttamente alle dipendenze del datore di lavoro distaccatario** che ne ha utilizzato la prestazione, ricorso che può essere notificato anche soltanto allo stesso distaccatario.

IL REGIME SANZIONATORIO

- **Art. 1 d. lgs N. 8/2016**, comma 1 («depenalizzazione dei reati puniti con la sola pena pecuniaria): **«Non costituiscono reato e sono soggetti alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda»**, tra cui appunto il distacco illecito.

- **Art. 18 comma 5 bis della legge Biagi**: **«l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione.»** .

- Ai sensi del comma 6 del decreto sulla depenalizzazione la predetta sanzione, essendo proporzionale, **non potrà mai essere inferiore ad euro 5.000 nè superiore ad euro 50.000.** - Se vi è **sfruttamento di minori** la pena è dell'arresto fino a 18 mesi e dell'ammenda aumentata fino al sestuplo.

Le sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto n. 8/2016, purché il procedimento penale non sia stato già definito con sentenza o decreto penale irrevocabili.(Cass 10.2.2016 n. 10484)

DISTACCO E OBBLIGHI DI SICUREZZA

La distribuzione degli obblighi di sicurezza in caso di distacco di lavoro resta, anche a seguito della riforma del lavoro del 2015, quella contenuta nell'articolo 3 comma 6 del D. lgs 81/08.

In particolare, questa norma prevede che nell'ipotesi di distacco del lavoratore [...] **Tutti gli obblighi di prevenzione e protezione sono a carico del distaccatario, fatto salvo l'obbligo a carico del distaccante di informare e formare il lavoratore sui rischi generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali egli viene distaccato.**

DISTACCO E INFORTUNI SUL LAVORO

Cass. pen. Sez. IV, **05-02-2019**, n. 17205

In presenza di legittimo distacco, laddove siano rispettati i requisiti previsti dall'*art. 30, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003*, tutti gli obblighi di prevenzione e protezione sono a carico del distaccatario, fatto salvo l'obbligo a carico del distaccante di informare e formare il lavoratore sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali egli viene distaccato, mentre in caso di distacco fittizio di lavoratori, in quanto avvenuto al di fuori dei casi previsti dall'*art. 30, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003*, gli obblighi di prevenzione e protezione gravano sia sul distaccante fittizio, il quale mantiene la qualifica di datore di lavoro in senso formale, sia su colui presso il quale i lavoratori sono distaccati, il quale assume la qualifica di datore di lavoro di fatto. (Nella fattispecie, il datore di lavoro formale fu individuato nell'intermediario di mano d'opera e il datore di lavoro di fatto in colui presso il quale i lavoratori sono distaccati). *Dir. e Pratica Lav.*, 2019, 22, 1421

IL DISTACCO E L'APPRENDISTATO

Sebbene non vi sia un divieto normativo, è necessario contemperare l'interesse del distaccante con il prevalente interesse dell'apprendista a vedere rispettati gli impegni assunti nei suoi confronti e il suo inserimento nel contesto produttivo del datore di lavoro ([Nota MLPS 17 gennaio 2019](#)). Per questo anche nel contesto produttivo del distaccatario, dovrà essere prevista la presenza del tutor, verificando puntualmente l'effettivo esercizio dei compiti a lui attribuiti dalla contrattazione collettiva, per garantire che il periodo del distacco risulti utile e coerente al percorso formativo dell'apprendista definito all'atto dell'assunzione. Secondo il principio di temporaneità proprio dell'istituto, è necessario inoltre che l'inserimento dell'apprendista distaccato in un contesto produttivo e organizzativo diverso da quello per il quale è stato assunto, abbia durata limitata e contenuta rispetto al complessivo periodo di apprendistato.