

Indicazioni ministeriali

# Il distacco degli apprendisti: formazione e durata

Eufranio Massi - Esperto in Diritto del lavoro

Il distacco di personale trova la propria disciplina nell'art. 30, D.Lgs. n. 276/2003: esso rappresenta, indubbiamente, uno strumento di flessibilità legale correlata al rapporto di lavoro ma, sovente, laddove instaurato, richiama l'attenzione degli organi di vigilanza perché il confine che lo separa dalla somministrazione illecita di personale, appare, talora poco "marcato". Non è un caso che il comma 445, art. 1, legge n. 145/2018, abbia proceduto, a partire dal 1° gennaio 2019, ad aumentare del 20% le sanzioni edittali previste dall'art. 18, D.Lgs. n. 276/2003 e che, in caso di recidiva contestata dagli organi di vigilanza entro i tre anni successivi all'emanazione del verbale di contestazione, trovi applicazione il raddoppio della maggiorazione rispetto alla sanzione "base".

## Condizioni essenziali

Il Legislatore ne ha previsto la fattibilità in presenza di due condizioni essenziali, puntualmente declinate sia dalla prassi amministrativa, che dalla giurisprudenza, che dalla dottrina: *la temporaneità e l'interesse del datore di lavoro "distaccante"*, la cui esistenza, peraltro, si presume nelle imprese appartenenti allo stesso gruppo e nelle aziende che hanno stipulato un contratto di rete. Per queste ultime l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, pur nella ottemperanza alle disposizioni legislative ha invitato gli ispettori a verificare oltre che la sussistenza dei requisiti formali richiesti dalla norma, anche la "piena validità", come ben messo in evidenza nella circolare n. 7 del 29 marzo 2018.

La temporaneità non postula, necessariamente, un termine finale più o meno breve ma è strettamente correlata alla permanenza dell'interesse del distaccante che deve essere concreto (ossia, deve essere attinente con le sue linee produttive,

commerciali od amministrative), rilevante (ossia, non di "mera" facciata o estremamente secondario), durevole (ossia, deve persistere per tutta la durata del distacco durante il quale il lavoratore distaccato deve svolgere l'attività alla base della motivazione richiamata).

Questa breve premessa si è ritenuta necessaria, per comprendere il significato della *nota del Ministero del lavoro del 17 gennaio 2019*, con la quale ha risposto ad un quesito inoltrato dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro proveniente dalla propria articolazione periferica di Udine-Pordenone.

Per brevità di esposizione non si ritiene, anche perché si andrebbe lontano dal tema di questa riflessione, dilungarsi sugli eventuali controlli degli ispettori del lavoro (si parlerà, soltanto, dell'apparato sanzionatorio), sugli adempimenti burocratico-amministrativi che gravano, in generale, sui singoli datori di lavoro (distaccante e distaccatario) e sugli obblighi in materia preventivistica e di sicurezza sul lavoro.

Partendo dal presupposto che non sussiste alcuna disposizione che vietи il distacco temporaneo dell'apprendista, il Ministero del lavoro ricorda che la tipologia dell'apprendistato è si a tempo indeterminato, ma è finalizzata, essendo un contratto a contenuto formativo, "alla formazione ed alla occupazione dei giovani" (art. 41, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015).

Da tale asserzione discende, giustamente, la *primaria importanza del piano formativo* sia per la componente interna, frutto delle determinazioni fissate dalla contrattazione collettiva, che esterna, scaturente dalle iniziative specifiche delle Regioni e delle Province autonome. Tale importanza appare indubbiamente più rilevante di quella che il datore di lavoro ritiene di soddisfare attraverso il distacco (il proprio interesse) proprio perché

# Approfondimenti

l’aspetto formativo è “fondante” nella tipologia contrattuale appena richiamata.

## **Il piano formativo**

La prima condizione che il Dicastero pone, quindi, per la piena agibilità del distacco dell’apprendista, è che quest’ultimo risulti dal piano formativo: nulla di più afferma la Direzione generale dei rapporti di lavoro e delle relazioni industriali che ha scritto la risposta ma, ad avviso di chi scrive, sarebbe stato necessario fornire qualche altro chiarimento. Infatti, il piano formativo nell’apprendistato professionalizzante viene redatto dal datore di lavoro prima della instaurazione del rapporto di lavoro, mentre in quello di primo e di terzo livello, sempre in via preventiva, viene predisposto dall’istituzione formativa con la collaborazione dell’impresa interessata. Ora è possibile che il distacco sia già stato previsto prima dell’assunzione (soprattutto, se correlato al percorso formativo, cosa che traspare dal quesito dell’Ispettorato territoriale di Udine-Pordenone) ma, nella maggior parte dei casi, ciò non appare possibile essendo legato, da un lato, all’interesse concreto del datore di lavoro che può manifestarsi nel corso dello svolgimento del rapporto e, dall’altro, ad una acquisizione di professionalità progressiva del giovane che avviene durante il percorso formativo triennale (o quinquennale, se si tratta di qualifiche riferibili al settore dell’artigianato). Da quanto appena detto discende, ad avviso di chi scrive, la possibilità di una integrazione del piano formativo durante l’esplicazione del rapporto, che tenga conto del distacco che si va ad instaurare nel rispetto delle condizioni richiamate nella risposta ministeriale. Ovviamente, qualora ci fossero dubbi e questioni interpretative, sarebbe opportuno procedere ad una certificazione *ex articoli 75, e seguenti, D.Lgs. n. 276/2003*, del contratto di apprendistato che dovesse contemplare una modifica *in itinere*, del piano formativo.

## **Tutor e durata del distacco**

Le condizioni, richiamate nella risposta ministeriale, riguardano sia la figura del tutor che la durata del distacco.

Per il primo la nota afferma che se non è stato distaccato unitamente al giovane, deve essere messo in condizione di verificare che l’attività svolta sia coerente con il piano formativo e, al

contempo, deve essergli garantita la possibilità di accessi aziendali correlati a tale verifica. L’alternativa a tale ipotesi consisterebbe nella individuazione di un soggetto referente, dipendente della impresa distaccataria, con il compito di verificare, rapportandosi con il tutor, che il giovane segua il percorso delineato nel piano formativo nell’ottica del pieno sviluppo professionale dell’apprendista. Il referente potrebbe già essere individuato nella stessa lettera con cui il datore di lavoro dispone il distacco.

La seconda questione, relativa alla durata del distacco, si pone in un’ottica sostanzialmente diversa rispetto alla generalità della casistica. Ferma restando la sua temporaneità, la Direzione generale, facendo proprio anche un indirizzo espresso in via endoprocedimentale dall’Ispettorato Nazionale del Lavoro, afferma che il periodo deve essere limitato e contenuto rispetto alla durata massima del periodo formativo, in considerazione del fatto che ci si trova di fronte ad un giovane lavoratore non qualificato che, attraverso l’apprendistato, deve tagliare il traguardo dell’ottenimento della qualifica. Un distacco che, sia pur motivato da un interesse concreto del distaccante, avesse una durata pressoché uguale a quella dell’apprendistato, finirebbe per aggirare la norma in quanto delegherebbe gli aspetti formativi del contratto ad un terzo soggetto che non risulterebbe essere il datore di lavoro che ha sottoscritto la lettera di assunzione.

Fin qui il Ministero del lavoro che, pur facendo una disamina corretta della questione prospettata, ha omesso (e, forse, era il caso di affrontare la questione) qualsiasi considerazione relativa all’apprendistato professionalizzante per gli **“over 29”** dei lavoratori titolari di un trattamento di disoccupazione non agricola (NASPI, Dis-coll, ecc.) o di mobilità ordinaria (questi ultimi nella sostanza non ci sono più, atteso che dal 1° gennaio 2017 sono state abrogate le liste di riferimento), che possono essere assunti per una qualificazione o riqualificazione professionale.

Ad avviso di chi scrive, anche in questo caso valgono i principi richiamati nella nota ministeriale, atteso che il piano formativo va redatto e realizzato anche per questi lavoratori: forse i riferimenti relativi alla durata limitata e contenuta del distacco potrebbero avere una minore importanza, pur non potendo riferirsi all’intero periodo formativo, in quanto ci si trova di fronte a lavo-

# Approfondimenti

ratori di età ben maggiore di quella dei giovani alle prime esperienze lavorative.

## *Le determinazioni ministeriali che effetti possono avere sull'attività ispettiva?*

Gli organi di vigilanza potrebbero imbattersi nel distacco di un apprendista ove sussiste l'interesse concreto del datore di lavoro ma dove le indicazioni del Ministero riportate nella nota che si commenta non sono state rispettate.

Come è noto, l'apparato sanzionatorio si basa su previsioni precise non potendo le sanzioni essere indeterminate o applicate per analogia. Il distacco illecito, che si concretizza in una somministrazione non lecita, è punito dall'art. 18, comma 5-bis, D.Lgs. n. 276/2003 e gli importi ivi previsti sono stati, a partire dal 1° gennaio 2019, aumentati del 20%, grazie all'art. 1, comma 445, legge n. 145/2018.

Gli aggettivi, riferiti alla durata del distacco che deve essere "limitata e contenuta" se pur comprensibili, ai fini ispettivi appaiono inapplicabili ed indeterminati, soprattutto se rapportati al periodo entro cui si sviluppa il periodo formativo (tre anni che possono, talora, arrivare a cinque).

## *Quale è il limite da non superare rispetto alla durata complessiva?*

La sanzione amministrativa non può essere lasciata alla interpretazione discrezionale dell'ispettore.

Altra questione riguarda il tutor che è il soggetto responsabile della formazione dell'apprendista.

Il Ministero afferma che "nel contesto produttivo del distaccatario" deve essere prevista la sua presenza in azienda. Ma se, in relazione alla specificità della qualifica che il giovane deve acquisire, è stata ipotizzata una formazione "da remoto" con modalità in e-learning, già ammessa dalla circolare dello stesso Dicastero con la circolare n. 40 fin dal 2004, che senso ha una presenza del tutor nell'azienda distaccataria?

Una eventuale presenza fisica, sia pure di breve periodo, potrebbe porre anche questioni legate a specifiche misure di sicurezza alle quali sarà necessario ottemperare.

La identificazione della violazione relativa al distacco illecito non può mutare negli elementi che la determinano: essa sussiste nell'ipotesi in cui non si rinvenga l'interesse del distaccante, o quando si concretizza la somministrazione illecita (con guadagni di natura economica realizzati dal distaccante che non si riferiscono al mero

rimborso delle spese sostenute), o quando il lavoratore svolge mansioni che nulla hanno a che fare con l'interesse alla base del distacco, o quando quest'ultimo viene predisposto presso un'azienda ubicata ad una distanza superiore ai 50 chilometri, senza alcuna specificazione delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative.

Per completezza di informazione si ricorda che:

**a)** la sanzione originaria di 50 euro al giorno per ogni giorno di distacco illecito, a carico dei due soggetti (distaccante ed utilizzatore) è aumentata a 60 euro a partire dal 1° gennaio 2019. Essa non può essere inferiore a 5.000 euro o superiore a 50.000, non è diffidabile, né soggetta a prescrizione, mentre può esser "onorata" in misura ridotta entro 60 giorni dalla ricezione del verbale;

**b)** la maggiorazione della sanzione appena richiamata (20%) che ha portato l'originario importo da 50 a 60 euro, viene raddoppiata (40%) se nei tre anni successivi alla precedente violazione il "falso" datore di lavoro e l'utilizzatore siano destinatari di sanzioni per i medesimi illeciti. Con la nota n. 1148 del 5 febbraio 2019 l'INL ha chiarito che per "datore di lavoro destinatario" deve intendersi chi, nell'ambito della stessa impresa, ha rivestito il ruolo di trasgressore;

**c)** la sanzione diviene di natura penale se ad essere interessato è un minore. Essa, per lo "pseudo distaccante" e l'effettivo utilizzatore, può comportare l'arresto fino a 18 mesi e l'ammenda, a partire dal 1 gennaio 2019, è pari a 360 euro (300, fino al 31 dicembre 2018) per ciascuna giornata di occupazione (art. 1, commi 1 e 6, D.Lgs. n. 8/2016). Anche in questo caso la maggiorazione dell'ammenda si raddoppia qualora nel triennio antecedente i trasgressori siano stati destinatari di sanzioni per gli stessi illeciti;

**d)** il lavoratore può, esercitando la previsione contenuta nell'art. 414 c.p.c., chiedere, in via giudiziale, la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato nei confronti del "vero" datore di lavoro;

**e)** il mancato adempimento dell'obbligo formativo, con l'inottemperanza a quanto previsto in materia dagli articoli 43, 44 e 45, D.Lgs. n. 81/2015 comporta il disconoscimento del rapporto di apprendistato ed il pagamento della differenza tra gli importi della contribuzione versata e quella effettiva dovuta per un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, maggiorata

# Approfondimenti

del 100%, con esclusione delle altre sanzioni civili per omessa contribuzione, nonché l'applicazione delle sanzioni amministrative correlate alla

comunicazione telematica ed alla lettera di assunzione, come ricordato dal Ministero del lavoro con la circolare n. 5/2013.

## Min. lav., nota 17 gennaio 2019, prot. n. 1118

**Oggetto:** Richiesta di parere. *Contratto di apprendistato e formazione in distacco ex articolo 30, Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.*

Con riferimento al quesito formulato con la nota indicata in oggetto, d'intesa con la Direzione generale degli ammortizzatori sociali e della formazione e acquisito il parere dell'Ufficio legislativo, si riportano le valutazioni in ordine alla possibilità di distaccare l'apprendista, secondo quanto prospettato nel quesito pervenuto a questo Ispettorato.

Occorre in primo luogo considerare che in tale ipotesi resta ferma la necessità della previsione del distacco nel piano formativo dell'apprendista.

Vanno inoltre richiamati alcuni aspetti necessari a garantire la compatibilità dei due istituti.

E infatti, se da un lato la normativa vigente non vieta la possibilità di distaccare gli apprendisti, fatti salvi i requisiti previsti dalla normativa per la legittimità dei rispettivi istituti, dall'altro occorre considerare che l'apprendistato costituisce un rapporto di lavoro il cui sinallagma contempla, in maniera "fondativa", l'aspetto formativo che pertanto deve rimanere prevalente rispetto allo specifico interesse del distaccante allo svolgimento della prestazione lavorativa. È, pertanto, 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.

Le modalità concrete in cui avviene il distacco devono, comunque, garantire all'apprendista il regolare adempimento dell'obbligo di formazione interna ed esterna, la cui responsabilità rimane in capo al datore di lavoro, nonché consentire la necessaria assistenza del tutor, il quale deve essere posto in condizione di svolgere i compiti e le funzioni a lui assegnate dalla specifica disciplina regionale e/o collettiva, al fine di non incorrere nelle violazioni di cui all'articolo 47, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015.

Pertanto, 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.

Tali aspetti, come già richiamato innanzi, devono risultare dal piano formativo e potrebbero essere anche ripresi nell'accordo di distacco prevedendo, ad esempio, il distacco anche del tutor o l'indicazione di un referente aziendale nella sede del distaccatario che si relazioni con il tutor per consentire la piena e regolare attuazione del Piano formativo e lo sviluppo delle capacità professionali e personali dell'apprendista. Inoltre, qualora il distacco riguardi l'apprendistato di primo o di terzo livello è necessario tenere conto di quanto disposto dal Decreto ministeriale del 12 ottobre 2015 che, agli articoli 5 e 7, definisce gli standard formativi, il piano formativo individuale, la formazione interna ed esterna nonché la figura e i compiti del tutor aziendale e del tutor formativo.

Al fine di prevenire possibili situazioni elusive, nonché per evitare che possano essere compromesse le finalità del rapporto di apprendistato, è necessario che il temporaneo 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 dell'apprendistato. E ciò anche per non contraddirsi il principio della temporaneità del distacco.

Tale esigenza appare tanto più evidente se si considera che nella fattispecie rappresentata dall'Ispettorato di Udine, il distacco sarebbe motivato unicamente dalla necessità di impartire la formazione al lavoratore, con la conseguenza che il datore di lavoro potrebbe avere interesse ad individuare la durata del distacco in maniera corrispondente alla durata dell'apprendistato. Con l'effetto di delegare gli aspetti formativi di tale contratto interamente ad un soggetto terzo rispetto all'effettivo datore di lavoro.