

Il subappalto: un fenomeno globale

Il caso messicano nel confronto
internazionale e comparato

di
Alfredo Sánchez-Castañeda
Carlos Reynoso Castillo
Bárbara Palli

ADAPT
LABOUR STUDIES
e-Book series
n. 12

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

DIREZIONE

Michele Tiraboschi (*direttore responsabile*)

Roberta Caragnano

Lilli Casano

Maria Giovannone

Pietro Manzella (*revisore linguistico*)

Emmanuele Massagli

Flavia Pasquini

Pierluigi Rausei

Silvia Spattini

Davide Venturi

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Gabriele Gamberini

Andrea Gatti Casati

Francesca Fazio

Laura Magni (*coordinatore di redazione*)

Maddalena Magni

Martina Ori

Giada Salta

Francesca Sperotti

Il subappalto: un fenomeno globale

Il caso messicano nel confronto
internazionale e comparato

di
Alfredo Sánchez-Castañeda
Carlos Reynoso Castillo
Bárbara Palli

Traduzione a cura di Lavinia Serrani e Francesca Sperotti

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

ISBN 978-88-98652-00-6

© 2013 ADAPT University Press – Pubblicazione on line della Collana ADAPT

Registrazione n. 1609, 11 novembre 2001, Tribunale di Modena

INDICE

Introduzione	XI
--------------------	----

Capitolo I

ANALISI CONCETTUALE: L'IMPRESA FUORI DALL'IMPRESA

1. L'esternalizzazione	1
2. Il trasferimento	3
3. La ristrutturazione	3
4. Il subappalto	6

Capitolo II

IL SUBAPPALTO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE DEL LAVORO

1. Un dibattito pieno di resistenze.....	9
2. Il contenuto della raccomandazione n. 198	11
2.1. Stabilire una politica nazionale di protezione dei lavoratori inseriti in un rapporto di lavoro	11
2.2. La determinazione della sussistenza di un rapporto di lavoro	13
3. Controllo e applicazione.....	16

Capitolo III

IL QUADRO GIURIDICO DELL'ESTERNALIZZAZIONE E DEL SUBAPPALTO IN EUROPA

1. Premessa.....	21
2. Il diritto europeo dell'esternalizzazione	22

2.1.	La direttiva sul trasferimento di imprese	22
2.1.1.	Il campo di applicazione geografica della direttiva sul trasferimento di imprese	23
2.1.2.	L'ambito di applicazione materiale della direttiva sul trasferimento.....	25
2.2.	La direttiva sui licenziamenti collettivi	33
2.2.1.	L'ambito di applicazione della direttiva.....	34
2.2.2.	L'obbligo di informazione e consultazione dei rappresentanti del personale	36
2.2.3.	Il controllo della causa economica del licenziamento da parte dei giudici nazionali: l'esempio del diritto francese.....	37
2.3.	Le direttive sull'informazione e consultazione	40
2.3.1.	La direttiva quadro	40
3.	Il diritto europeo del subappalto	47
3.1.	Il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi	49
3.1.1.	La nozione di distacco secondo la direttiva 96/71/CE.....	50
3.1.2.	Il diritto del lavoro applicabile al lavoratore distaccato.....	52
3.2.	L'impiego di lavoratori tramite agenzia	56
3.2.1.	Una parità di trattamento ricca di deroghe	57
3.2.2.	I diritti collettivi dei lavoratori tramite agenzia.....	60
3.2.3.	Conclusioni sul lavoro tramite agenzia.....	61
3.3.	Il lavoro autonomo in Europa.....	62
3.3.1.	Il lavoro autonomo: una nozione sprovvista di definizione e di status comunitario.....	64
3.3.2.	Il lavoro autonomo visto nell'ottica dei diritti nazionali	65
3.3.3.	Il lavoro autonomo secondo il Comitato economico e sociale europeo..	74
3.4.	La responsabilità solidale nelle catene di subappalto	77
3.5.	La responsabilità sociale delle imprese europee	80
3.5.1.	La politica comunitaria in materia di RSI	81
3.5.2.	La responsabilità sociale delle imprese europee nei confronti dei loro subappaltatori extracomunitari: gli accordi quadro internazionali	82

Capitolo IV
L'ESPERIENZA LATINOAMERICANA

1.	Premessa.....	87
2.	La disciplina del subappalto.....	88
2.1.	Perù	88
2.1.1.	La legge n. 27626: disciplina del comportamento delle aziende speciali di servizio e delle cooperative dei lavoratori.....	89
2.1.2.	La legge n. 29245: disciplina dei servizi di terzarizzazione	90
2.2.	Cile	91
2.3.	Uruguay.....	95
2.4.	Argentina	97
2.5.	Colombia	98
3.	Il divieto costituzionale di subappalto	100

Capitolo V
IL SUBAPPALTO IN MESSICO

1.	Premessa.....	103
2.	Il subappalto nell'ambito del diritto del lavoro	109
2.1.	Il diritto costituzionale.....	110
2.2.	Il diritto civile.....	111
3.	Il subappalto nel diritto del lavoro normato.....	114
3.1.	Il concetto di lavoratore	115
3.2.	Il concetto di datore di lavoro	116
3.3.	Il concetto di impresa.....	117
3.4.	Il concetto di intermediario	118
3.5.	Il lavoro a domicilio.....	122
3.6.	La sostituzione del datore di lavoro	123
3.7.	La contrattazione collettiva	124
4.	Il subappalto nella giurisprudenza.....	125
4.1.	Subordinazione e prestazione di servizi professionali.....	125
4.2.	Mandato e subordinazione.....	128

4.3. Contratto di commissione e subordinazione	128
4.4. Subappalto e somministrazione di manodopera.....	130
4.5. Criteri in materia di intermediazione.....	131
4.6. Criteri in materia di responsabilità solidale	132
4.7. Subappalto e cooperative: una giurisprudenza formalista.....	135
5. Gli effetti del subappalto sulla previdenza sociale.....	137
6. Le politiche pubbliche e il subappalto	142
7. Il subappalto nella riforma del lavoro del 30 novembre 2012	146
7.1. Nozione.....	147
7.2. Condizioni.....	147
7.3. Responsabilità dell'impresa appaltante	147
7.4. Obblighi dell'impresa appaltante e delle unità di controllo.....	147
7.5. Divieto di subappalto.....	148

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

1. Pierluigi Rausei, Michele Tiraboschi (eds.), **Lavoro: una riforma a metà del guado**, 2012
2. Pierluigi Rausei, Michele Tiraboschi (eds.), **Lavoro: una riforma sbagliata**, 2012
3. Michele Tiraboschi, **Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times**, 2012
4. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2012**, 2012
5. Buratti, Catalfamo, Correale, Cortesi, Covini, De Virgilio, Di Stani, Fionda, Innessi, Magni, Mariani, Marrazzo, Massagli, Mazzini, Milito, Morello, Neri, Oddo, Ori, Perletti, Petruzzo, Pignatti Morano, Salta, Seghezzi, Simoncini, Tolve, Tomassetti, Valcavi, Vari, Zucaro, **I programmi alla prova**, 2013
6. Umberto Buratti, Lilli Casano, Lidia Petruzzo, **Certificazione delle competenze**, 2013
7. Lilli Casano (a cura di), **La riforma francese del lavoro: dalla sécurisation alla flexicurity europea?**, 2013
8. Francesca Fazio, Emmanuele Massagli, Michele Tiraboschi, **Indice IPCA e contrattazione collettiva**, 2013
9. Gaetano Zilio Grandi, Mauro Sferrazza, **In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine**, 2013
10. Michele Tiraboschi (a cura di), **Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale**, 2013
11. Umberto Buratti, **Proposte per un lavoro pubblico non burocratico**, 2013

Introduzione

Un rapporto di lavoro si instaura normalmente attraverso un contratto di lavoro, tra due parti chiaramente identificabili: un lavoratore che offre i suoi servizi, e un datore di lavoro che si avvale di tali servizi, retribuendoli. Si tratta di una chiara relazione bilaterale.

Mentre l'impresa fordista, fortemente gerarchizzata, concentrava i suoi sforzi nella razionalizzazione della produzione, nella suddivisione dell'organizzazione del lavoro e nella produzione di beni e servizi standard per un consumatore tipo, oggi, le imprese, a causa dell'inasprirsi della concorrenza nell'era della globalizzazione, e in un contesto di permanente crisi economica, hanno dovuto adattare la produzione di beni e servizi a diverse e complesse necessità.

Di conseguenza, le norme di produzione e l'organizzazione del lavoro in azienda sono divenute flessibili, come dimostra il passaggio dall'impresa gerarchizzata all'impresa in rete ⁽¹⁾. Attualmente, la scindibilità e la comunicabilità virtuale nel processo produttivo permettono che lo scambio tra retribuzione e lavoro si realizzi, in molte occasioni, senza la presenza fisica, facilitando la decentralizzazione produttiva e la esternalizzazione dei processi produttivi. Da ciò si deduce che il lavoro umano può essere oggetto di scambio anche a prescindere dalla presenza di uno spazio fisico comune, aprendo così la strada all'impresa virtuale ⁽²⁾ e al lavoro virtuale. La relazione bilaterale diretta tra lavoratore e datore di lavoro si smaterializza di fronte alla comparsa virtuale del datore di

⁽¹⁾ A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et codes de conduites, un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, 2002.

⁽²⁾ J.L. UGARTE CATALDO, *El nuevo derecho del trabajo*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, 173.

lavoro e del lavoratore, che possono essere a conoscenza l'uno dell'esistenza dell'altro, senza essersi però mai realmente incontrati.

Le nuove tecnologie consentono la riduzione della dimensione dell'impresa che può esternalizzare porzioni o fasi del processo produttivo, sviluppate ora da terzi. Di conseguenza compaiono nuovi e numerosi collaboratori esterni in qualità di appaltatori, lavoratori, somministratori di beni o di servizi (subappalto), lavoratori autonomi esterni ⁽³⁾ o lavoratori parasubordinati. In questi termini, la lineare relazione bilaterale che fino a quel momento aveva caratterizzato il diritto del lavoro, prende forma in nuove relazioni trilaterali in cui, allo stato attuale del diritto del lavoro, diventa difficile individuare l'esistenza di nessi di subordinazione di lavoro.

Questi fenomeni si sono verificati per via della esternalizzazione, trasferimento o ristrutturazione. Nell'ambito della tecnologia dell'informazione (IT), il subappalto ha svolto un ruolo importante, presentandosi come un fenomeno di *offshore outsourcing*, in base al quale i paesi avanzati installano una succursale o acquistano un'azienda in un paese in via di sviluppo per avvalersi di manodopera qualificata e della differenza salariale (manodopera a basso costo) nella produzione di beni e servizi ⁽⁴⁾. In questo modo, ad esempio, molti posti di lavoro nel settore della tecnologia dell'informazione sono stati trasferiti in paesi a minor costo, risultando così colpiti per la prima volta i lavoratori non manuali dei paesi sviluppati ⁽⁵⁾.

Emergono così forme di prestazione di lavoro che coinvolgono un terzo, generando relazioni trilaterali o triangolari: un lavoratore, un datore di lavoro formale, che è colui che paga il lavoratore, e un'impresa che è destinataria del servizio o prodotto, denominata beneficiaria principale. Le relazioni trilaterali sono la caratteristica principale delle nuove forme di organizzazione di un'azienda, e tra di esse si distingue, a livello mondiale, il subappalto. Vi è una moltitudine di denominazioni per

⁽³⁾ J. WITKER, *Derecho económico y derecho del trabajo: las sinergias de la globalización*, in *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Messico, luglio-dicembre 2008, n. 7, 280-281.

⁽⁴⁾ G. BALATCHSNDIRANE, *Tecnologías de la información en la India: subcontratación y cúmulos*, in *Comercio Exterior*, Messico, agosto 2007, vol. 57.

⁽⁵⁾ A. BIBBY, *La exportación de empleo también afecta a los trabajadores no manuales: la sucontratación de las TI se globaliza*, in *Revista Internacional de Trabajo*, Ginevra, giugno 2003, n. 47.

indicare le relazioni trilaterali come appalti e subappalti, collocamento, terziarizzazione, *outsourcing*, decentralizzazione, lavoro in regime di subappalto (utilizzato dalla OIL nei preparativi e dibattiti delle conferenze del 1996 e 1997), interposizione, ecc. ⁽⁶⁾.

Il subappalto ha conosciuto un notevole sviluppo negli ultimi anni e, in poco tempo è passato dall'essere un fenomeno nazionale ad uno di dimensioni internazionali ⁽⁷⁾. Ai suoi esordi, venivano "esternalizzati" solo lavori complementari rispetto a quelli realizzati nell'azienda, mentre oggi si assiste a un aumento del numero delle aziende che offrono questo tipo di servizi per la realizzazione di attività non solo di natura accessoria ma anche principale dell'impresa. Un esempio è dato dalle aziende che, quand'anche producano un solo bene o servizio, questo venga realizzato – talvolta nella sua interezza – in altri paesi attraverso una lunga catena di intermediari. Si sta dunque sviluppando un mondo fatto di aziende che solo apparentemente rappresentano un marchio di origine nazionale, e ciò in quanto, in realtà, il loro processo produttivo si sviluppa altrove, in paesi diversi.

Oggi il mondo del lavoro appare caratterizzato da un'enorme complessità, sia interna che esterna. Dal punto di vista interno, sorprendono le nuove e alquanto creative forme di organizzazione dei processi produttivi, che hanno lasciato alle loro spalle i vecchi modelli di stampo fordista diffusi nella seconda metà del XX secolo, e i nuovi modi di sostenere l'incremento della produttività. Una simile prospettiva comporta che imprese e centri di lavoro vengano visti come spazi in cui, sebbene sussista la tradizionale contrapposizione d'interessi tra imprenditore e lavoratori, questa si esprima in modi innovativi, che incidono sulla relazione del lavoratore con lo svolgimento del lavoro, con i suoi colleghi e, in generale, con tutta l'impresa. Dal punto di vista esterno le aziende, che sono state inglobate in un vortice di cambiamenti

⁽⁶⁾ M. PASCO COSMÓPOLIS, *Outsourcing, subcontratación e intermediación laboral*, in *Revista Jurídica Magistri et Doctores*, Perù, 2002, n. 2.

⁽⁷⁾ Anche se già ben evidenziato, è importante precisare che il subappalto è un fenomeno antico che solo di recente ha cominciato a manifestarsi con maggiore intensità. Si veda E. DE LA GARZA, *Antiguas y nuevas formas de subcontratación*, 43, e C. REYNOSO CASTILLO, *Modalidades triangulares: retos y perspectivas*, in *Memorias del Seminario: Relaciones Triangulares del Trabajo (Subcontratación y/o Tercerización) ¿Fin de la Estabilidad Laboral?*, Camera dei Deputati-Fondazione Friedrich Ebert, Messico, 2005, 16.

dovuti alla crescente apertura dei mercati, nazionali e internazionali (e alla concorrenza spietata che ne è derivata), si sono viste obbligate a ricercare modalità di organizzazione e connessione che consentissero loro di continuare ad occupare uno spazio nei mercati o, in alcuni casi, semplicemente di sopravvivere. Ed è dunque a questa ricerca di nuovi modi di organizzazione che si deve la comparsa di forme e modelli di strutturazione aziendale che si collocano ai confini del regime giuridico del lavoro o direttamente al di fuori di esso.

Oggigiorno le novità nel mondo del lavoro sono una costante. Tale constatazione porta il giurista a declinare ogni responsabilità circa l'impossibilità di spiegare facilmente le nuove realtà, e ciò in quanto, tra le varie ragioni, il quadro giuridico del lavoro, che dovrebbe regolare quest'ambito della vita sociale ed economica, mostra al contrario limiti e carenze. Prendendo dunque le mosse da una simile considerazione, si è ritenuto opportuno osservare più da vicino i nuovi rapporti di lavoro, caratterizzati non più dalla classica relazione bilaterale che permetteva di identificare facilmente il datore di lavoro e il lavoratore, ma piuttosto da relazioni trilaterali che si manifestano in modalità distinte a seconda della prospettiva dalla quale le si osserva.

Nel presente lavoro, il punto di partenza è dato dalla mappatura della legislazione comparata tra paesi e regioni accomunati dalla stessa tradizione giuridica, come metodo di studio, al fine di poter sviluppare il tema del subappalto tanto a livello internazionale (Organizzazione Internazionale del Lavoro) quanto a livello regionale (Unione Europea e America Latina) e nazionale, nel caso specifico, del Messico.

Trattare il tema del subappalto richiede necessariamente un'analisi concettuale (primo capitolo). L'impresa fuori dall'impresa si manifesta attraverso vari fenomeni, tra cui è possibile menzionare l'esternalizzazione, il trasferimento, la ristrutturazione e il subappalto. Il quadro concettuale è imprescindibile se si vuole procedere ad uno studio dei vari modi in cui attualmente si sviluppano quei rapporti di lavoro caratterizzati da una scarsa chiarezza circa la figura del datore di lavoro o di chi esercita il potere direttivo senza essere il vero e proprio datore di lavoro. Da qui l'importanza di svolgere un'analisi giuridica alla luce della regolamentazione internazionale.

A livello internazionale, l'avanzamento è stato lento e pieno di resistenze, il che non ha comunque impedito di elaborare almeno una raccomandazione internazionale (secondo capitolo).

L'esperienza europea risulta particolarmente ricca dal momento che si è già ampiamente studiato, e sviluppato in maniera significativa, un diritto europeo dell'esternalizzazione ed uno del subappalto. Inoltre, a livello nazionale sono emerse nuove nozioni come quella della parasubordinazione e dei lavoratori parasubordinati (terzo capitolo).

Nel contesto latinoamericano, si assiste ad una serie di tentativi di conferire, attraverso riforme della legislazione del lavoro, un quadro giuridico alle relazioni di lavoro trilaterali, come nel caso specifico dell'Ecuador che si distingue in maniera assoluta dagli altri Paesi della regione dal momento che, attraverso un decreto costituzionale, «elimina e proibisce la terziarizzazione, l'intermediazione di lavoro e qualsiasi forma di precarizzazione dei rapporti di lavoro nell'ambito delle attività cui si dedica un'impresa o un datore di lavoro» (quarto capitolo).

Infine, una volta analizzato lo stato dell'arte del subappalto nella legislazione internazionale, europea e latinoamericana, si è ritenuto opportuno procedere a una descrizione del fenomeno del subappalto in Messico. La speranza è che il presente studio di legislazione comparata consenta di riconoscere, e se necessario proteggere, i lavoratori che si trovino coinvolti in un rapporto di lavoro trilaterale, al di fuori dei canoni classici di una relazione bilaterale di lavoro, sia perché si trovino in una situazione reale di subappalto che richiede la definizione di un quadro giuridico che li protegga e che delinei la portata di tale figura, sia perché si trovino in una situazione di simulazione di lavoro autonomo (falsi lavoratori autonomi) o, ancora, per le proposte di includere nel contesto messicano nuove nozioni, in particolare quella dei lavoratori parasubordinati. Allo stesso modo, si impone la necessità di garantire una sicurezza giuridica ai datori di lavoro (quinto capitolo).

Capitolo I

Analisi concettuale: l'impresa fuori dall'impresa

1. L'esternalizzazione

La globalizzazione dell'economia spinge le imprese a rafforzare la loro presenza in tutti i mercati geografici, fatto che conduce a una specializzazione dell'impresa in un campo strategico. In questi termini, l'aspetto che caratterizza la nostra epoca non è la scoperta delle varie forme di esternalizzazione, ma semplicemente la constatazione di un'intensificazione e normalizzazione di ciò che già conoscevamo, e una forte internazionalizzazione del processo di esternalizzazione ⁽¹⁾. Le esigenze di una maggior diversificazione della produzione, di una riduzione dei costi, e le variazioni economiche, sono così canalizzate attraverso la esternalizzazione.

La strategia di esternalizzazione delle imprese consiste nella riduzione della loro dimensione e nel coordinamento con altre imprese nella misura in cui ciò risulti redditizio. In queste condizioni, si forma un nuovo tipo di impresa: un'impresa di piccole dimensioni, dinamica e la cui attività principale è garantita da un numero ridotto di dipendenti ⁽²⁾. Le attività vengono trasferite a prestatori esterni o subappaltate a prestatori con i quali si instaura una relazione di associazione.

Allo stesso modo, l'esternalizzazione può essere motivata da diverse ragioni, in alcuni casi nobili, in altri casi meno virtuose. Nella prima

⁽¹⁾ A.L. OJEDA AVILES, *L'«externalisation» du droit du travail*, in *RIT*, 2009, vol. 148, n. 1-2, 55.

⁽²⁾ *Ivi*, 59.

ipotesi, l'esternalizzazione svolge la funzione di assegnare l'esercizio di un'attività ad una o più imprese specializzate, in grado di apportare il loro *savoir faire*, e di conseguenza un valore aggiunto (subappalto di specializzazione). Nella seconda ipotesi, i motivi sono meno nobili. In questo caso l'esternalizzazione consiste, nel migliore dei casi, nel produrre al minor costo possibile in un altro luogo (trasferimento) o localmente (spostamento, lavoro temporaneo), o nel peggiore dei casi, nell'affidare determinate funzioni a falsi lavoratori autonomi per evitare l'applicazione del regime di protezione proprio del lavoratore subordinato.

Esternalizzazione non è un termine giuridico. È innanzitutto una decisione strategica di gestione dell'impresa che, in alcuni casi, va a toccare il cuore delle attività aziendali e la loro implementazione. Di frequente l'esternalizzazione si presenta associata al subappalto di volume o di acquisto di servizi di fornitori specializzati. Di fatto, l'esternalizzazione si riferisce ad attività che contribuiscono sostanzialmente alla creazione di una parte del valore aggiunto per l'impresa. Si tratta di attività di supporto quali informatica, trasporto, logistica, telecomunicazioni, amministrazione di beni immobili, o di attività che contribuiscono in buona misura alla qualità del servizio o del prodotto e pertanto alla creazione di un valore per il cliente. Tuttavia, l'esternalizzazione non può toccare il cuore del business aziendale, almeno non nella sua interezza, altrimenti si tratterebbe di una pura e semplice ristrutturazione del portafoglio.

Quattro elementi caratterizzano l'esternalizzazione strategica:

- 1) il trasferimento, totale o parziale, di un'attività precedentemente svolta al proprio interno. Operazione che si accompagna di frequente a un trasferimento di lavoratori;
- 2) uno schema ben più dettagliato rispetto al contratto di subappalto;
- 3) un impegno di lungo periodo tra l'impresa e il fornitore;
- 4) una definizione delle prestazioni contrattuali e delle obbligazioni di ciascuna parte ⁽³⁾.

⁽³⁾ B. QUELIN, J.-L. ARREGLE, *Le management stratégique des compétences*, Ellipses, 2000.

2. Il trasferimento

Il trasferimento può definirsi come il cambiamento che riguarda la collocazione geografica di un centro di affari o di un'attività economica. La maggior parte dei trasferimenti, in genere, avvengono all'interno dello stesso Paese e sono considerati alla stregua di una modifica del luogo di adempimento del contratto di lavoro. In termini più ristretti, il trasferimento, così come generalmente percepito, corrisponde al «trasferimento in blocco delle attività esistenti nel territorio nazionale verso un altro Paese».

Altre definizioni insistono invece su profili più economici intendendo il fenomeno come «la chiusura di un impianto di produzione mediante duplicazione degli investimenti diretti all'estero, per poi riportare nel Paese investitore i beni così prodotti», ovvero in modo tale da ricomprendere «tutte le strategie organizzative di un'impresa che comportino uno spostamento, sotto il suo controllo, dell'attività a livello internazionale, riducendo la portata dei suoi affari nel territorio di origine» ⁽⁴⁾.

3. La ristrutturazione

Nel diritto europeo, il termine esternalizzazione è ricompreso in quello più generale di ristrutturazione. Le ristrutturazioni consistono nelle diverse riorganizzazioni, sul piano giuridico e organizzativo, dell'attività produttiva di un'impresa.

Così come per l'esternalizzazione, anche per la nozione di ristrutturazione non esiste una definizione giuridica. Da un lato, i diritti nazionali fanno riferimento a determinate modifiche nella situazione giuridica dell'impresa (fusione, acquisizione, trasferimento); dall'altro lato, con riguardo ai trasferimenti e ai licenziamenti collettivi, vengono esaminati i diritti dei rappresentanti dei lavoratori ad essere consultati, se non addirittura a negoziare in ordine alle conseguenze sociali della

⁽⁴⁾ Per le definizioni, si veda C. RADE, *Restructurations et délocalisations*, in *DS*, 2006, n. 3, 289.

ristrutturazione ⁽⁵⁾. Le ristrutturazioni sono strettamente connesse alle strategie di esternalizzazione, pur andando necessariamente oltre. Basti pensare che una ristrutturazione non sempre è il risultato di una scelta voluta (strategia di esternalizzazione), bensì potrebbe anche essere stata imposta all'impresa a causa delle sue difficoltà economiche, oppure della necessità di salvaguardarne la competitività ⁽⁶⁾.

Sino a poco tempo fa, le ristrutturazioni rappresentavano un'eccezione, una risposta immediata a casi di urgenza, derivanti da una situazione inaspettata. Oggi invece, nell'attuale contesto della globalizzazione economica in cui viviamo, le ristrutturazioni diventano la naturale conseguenza della crescente interconnessione dei mercati mondiali. Di conseguenza, le ristrutturazioni profonde e permanenti delle imprese sono all'ordine del giorno nell'economia contemporanea ⁽⁷⁾.

Di fatto, il termine ristrutturazione è recente. La prima testimonianza di un suo utilizzo risale al 1957. Nonostante ciò, il fenomeno in sé appare atemporale, posto che la ristrutturazione consiste nel "dare una nuova struttura" ad un complesso organizzato.

Nei piani economici e sociali, la Direzione generale Occupazione, affari sociali e inclusione della Commissione europea ritiene che «le ristrutturazioni possano concepirsi a vari livelli» ⁽⁸⁾:

1) a livello intersettoriale, le ristrutturazioni consistono nello "spostare" lavori da un grande settore all'altro (agricoltura, industria, servizi). Di conseguenza, «milioni di lavori sono stati creati nel settore dei servizi, e demoliti nei settori manifatturieri e agricoli». Trattasi di «processi di grande portata [che] richiedono tempo e comportano rischi di coesione sociale in senso ampio»;

2) a livello intra-settoriale, dove i movimenti sono più numerosi, le ristrutturazioni sono il risultato di «evoluzioni all'interno di ciascun

⁽⁵⁾ C.E. TRIOMPHE, *Restructurations et cadres d'intervention publiques en Europe*, Présentation pour le séminaire de l'IRES, 14 avril 2005, Université Européenne du Travail, 2005.

⁽⁶⁾ C. MASQUEFA, *La restructuration*, LGDJ, 2000; C. SACHS-DURAND (a cura di), *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.

⁽⁷⁾ Commissione europea 2004, citato da C. BONI, *Le volet social des restructurations d'entreprises: évolution de la négociation collective en Allemagne, en France et en Italie*, in *RIT*, 2009, vol. 148, n. 1-2, 72.

⁽⁸⁾ COMMISSION EUROPEENNE, *Forum Restructurations et emploi*, background document, 2005, in www.ec.europa.eu.

settore». Trattasi di «ristrutturazioni derivanti da miglioramenti tecnologici e da una tendenza all'aumento del valore aggiunto dei prodotti» e che comportano «forti implicazioni in termini di qualificazione, dequalificazione o riqualificazione» dei lavoratori interessati da questo tipo di ristrutturazione;

3) a livello aziendale, la ristrutturazione «fa parte della strategia nazionale o internazionale di un'impresa e della sua integrazione nel segmento del mercato di riferimento». Questo tipo di ristrutturazione «è il risultato di una reazione o di una previsione delle imprese» secondo cui

il risultato in termini di volume di lavoro a livello aziendale è negativo, quando cioè la riorganizzazione della produzione o l'esternalizzazione implica una riduzione dei lavori in una sede di produzione o la chiusura dell'impresa. Trattasi dunque di effetti circoscritti a un luogo di produzione/effetto locale o regionale.

Nell'ambito della ricerca accademica in materia di ristrutturazione, quest'ultimo livello è stato oggetto di numerose definizioni; altri termini, la maggior parte dei quali di origine anglosassone, si utilizzano infatti frequentemente per definire simili fenomeni. I due principali termini sono:

1) il *downsizing*, che può essere definito come una strategia per ridurre la dimensione dell'impresa, che si traduce sempre in una riduzione di personale;

2) il *reengineering*, che può essere definito come un'azione di riorganizzazione complessiva del processo di produzione di un'impresa. Non si traduce, dunque, necessariamente in una riduzione di personale, anche se l'esperienza ha dimostrato che ciò spesso accade.

4 Il subappalto

Il subappalto rappresenta una forma di esternalizzazione, mediante la quale un'impresa appalta a una o a varie imprese la realizzazione, per suo conto, di una o più parti della sua catena di produzione.

La Commissione europea, nella sua comunicazione del 18 dicembre 1978 ⁽⁹⁾, definì il subappalto industriale nel seguente modo:

un'impresa detta "committente" incarica, impartendo proprie direttive, un'altra impresa, il "subfornitore", di fabbricare prodotti, fornire servizi o eseguire lavori destinati al committente o eseguiti per conto di questi [§ 1, secondo comma].

Esistono varie classificazioni del subappalto. Una delle prime fu elaborata dall'International Labour Organization (ILO), ed è basata sulla distinzione del subappalto, da un lato, di produzione di beni e servizi, e dall'altro, di manodopera ⁽¹⁰⁾. Nel primo caso, l'impresa utilizzatrice appalta ad altra impresa la somministrazione di un bene o servizio, e questa si impegna, a suo rischio e per proprio conto, a svolgere l'incarico con risorse proprie (materiali, finanziarie e con personale proprio). Ciò che all'impresa utilizzatrice interessa è unicamente il lavoro concluso, non avendo rilevanza la quantità di personale o le ore di lavoro utilizzati, posto che il pagamento è connesso alla sola realizzazione del servizio. In questo caso, la supervisione dei lavoratori spetta non all'impresa utilizzatrice, ma all'impresa subappaltatrice, che è quella che paga i lavoratori. È questa la tipologia di subappalto che si applica, tra gli altri, all'ambito delle costruzioni, delle pulizie, della sicurezza, dei trasporti, della produzione di ricambi d'auto, dell'industria automotrice.

Dall'altro lato, il subappalto di manodopera ha come unico obiettivo la somministrazione di manodopera all'impresa utilizzatrice da parte dell'impresa subappaltatrice; sussiste in questo caso una relazione di lavoro diretta tra l'impresa utilizzatrice e il lavoratore. La negoziazione è realizzata dal subappaltatore, che è pagato in base al numero di lavoratori appaltati e non in base al risultato prodotto. In questo caso, è l'impresa utilizzatrice a supervisionare l'attività dei lavoratori, i quali avranno raggiunto un previo accordo con il subappaltatore.

⁽⁹⁾ Comunicazione della Commissione relativa alla valutazione dei contratti di subfornitura alla luce dell'articolo 85, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità economica europea.

⁽¹⁰⁾ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Trabajo en régimen de subcontratación*, Informe V (2A), Conferencia Internacional del Trabajo, 86ª reunión, 1998, in www.ilo.org.

Allo stesso modo, può differenziarsi il subappalto industriale da quello di mercato. Con quest'ultima espressione si fa riferimento all'operazione attraverso cui un'impresa affida ad altra impresa, in tutto o in parte, l'esecuzione di un contratto d'opera o di un contratto pubblico concluso con il subappaltante. Questa nozione ha un significato ben preciso nel diritto francese e non bisogna lasciarsi ingannare dal significato corrente del termine, che tende a qualificare come subappalto qualunque fatto consistente nell'affidare a un terzo l'esecuzione di un compito che è normalmente sotto la propria responsabilità, qualunque siano le modalità in base alle quali questa sostituzione abbia luogo, e qualunque sia il compito affidato. La legge n. 75-1334 del 31 dicembre del 1975 ⁽¹⁾ definisce il subappalto come «l'operazione in base alla quale un imprenditore affida, in subappalto e sotto la sua completa responsabilità, ad un'altra persona definita subappaltatore, l'esecuzione totale o parziale di un contratto di impresa o di mercato pubblico firmato dall'imprenditore».

Il subappalto presenta un interesse innegabile per l'impresa subappaltante, che non è tenuta così ad assumere personale né ad acquistare materiale. Il ricorso al subappalto le consente altresì di affrontare i picchi di attività e di separarsi dai subappaltatori nei periodi di crisi. Inoltre, il subappalto specializzato permette di accedere a tecnologie o processi che l'impresa da sola non sarebbe in grado di procurarsi. Nell'area dei servizi, consente la realizzazione di compiti che esulano dal "lavoro" dell'impresa (accoglienza, manutenzione, pulizia, ecc.) e che possono essere svolti da imprese specializzate.

Il subappalto è, d'altra parte, uno strumento interessante anche per i subappaltatori. Consente loro di ricevere un certo livello di ordini assicurato e di sostenere la loro crescita nelle grandi imprese dinamiche. Tuttavia, il rovescio della medaglia è che i subappaltatori si trovano frequentemente in una situazione di dipendenza tecnica e commerciale rispetto ai subappaltanti. La loro posizione è particolarmente debole poiché si trovano a dover far fronte alla concorrenza dei colleghi e dello stesso subappaltante, il quale, in ogni momento, potrebbe riprendere la produzione subappaltata. Inoltre, nell'ipotesi di una recessione, i subappaltatori sono le prime vittime, dal momento che il subappaltante preferirà riprendersi la fabbricazione subappaltata per evitare conflitti con

⁽¹⁾ Modificata dalla l. n. 2001-1168 del 1° dicembre 2001.

il suo personale. Infine, l'impresa subappaltatrice è tenuta a un costante adattamento ai mutamenti dei subappaltanti, che cambiano le loro tecniche, si integrano, o scompaiono.

Si è argomentato che il subappalto produce benefici tanto per i subappaltatori che per i subappaltanti, indipendentemente dal fatto che il fenomeno avvenga in Paesi sviluppati o in via di sviluppo. I benefici per i subappaltatori sono i seguenti: creazione di posti di lavoro (interni o esterni attraverso reti locali di subappalto); mantenimento di posti di lavoro (a fronte della creazione degli stessi, visto che i posti di lavoro non si creano, ma vengono mantenuti); aumento delle entrate; miglioramento tecnologico/aggiornamento; aggiunta di clienti internazionali alla clientela, rappresentando questa una fonte aggiuntiva di ordini (nascita di nuovi progetti); riduzione della capacità in eccesso. Dal punto di vista dei subappaltanti, i benefici sono invece i seguenti: creazione di posti di lavoro (creazione di nuove linee di servizi e focalizzazione in attività base e specialistiche); mantenimento dei posti di lavoro esistenti; riduzione dei costi; maggior competitività ed efficienza imprenditoriale; aumento/mantenimento della quota di mercato (mantenimento della leadership di mercato, ingresso in nuove nicchie di mercato, introduzione nel mercato di nuovi prodotti); accesso alle materie prime; acquisizione di componenti/pezzi di alta qualità o accesso agli stessi (miglioramento tecnologico), e maggior valore del progetto finale ⁽¹²⁾.

Nonostante ciò, le imprese subappaltatrici, così come le imprese subappaltanti, sono guardate con sospetto. Il ricorso al subappalto può infatti essere inteso come una minaccia alle conquiste sociali, attraverso cui si sottrae lavoro agli impiegati di un'azienda per darlo ad altri che vengono pagati di meno.

A livello internazionale è dato riscontrare come l'avanzamento in materia sia stato lento e pieno di resistenze. Ciò nonostante si è giunti, perlomeno, all'elaborazione di una raccomandazione internazionale (si veda in tal senso il cap. II).

⁽¹²⁾ J.-L. MORCOS, *Subcontratación internacional frente a deslocalización. Examen de los estudios disponibles y de ejemplos obtenidos de la red de BSA/SPX*, Organización de las Naciones unidas para el desarrollo industrial, 2004, 50 e 51, in www.unido.org.

Capitolo II

Il subappalto nel diritto internazionale del lavoro

1. Un dibattito pieno di resistenze

Il diritto internazionale del lavoro sembrerebbe poco a poco avvicinarsi al tema del subappalto. Non senza difficoltà, giacché un gruppo considerevole di Paesi si è via via opposto ad una regolazione internazionale del tema in considerazione dell'impatto che avrebbe sulle loro economie il fatto di fissare un quadro giuridico più stringente. A ciò si aggiungono le difficoltà tecniche che negli ultimi anni hanno accompagnato il tentativo di costruire un concetto di outsourcing tale da consentire l'adozione di una normativa sovranazionale ⁽¹⁾.

Il dibattito attorno al subappalto è stato affrontato dall'ILO partendo dal presupposto della necessità di definire con chiarezza la nozione di rapporto di lavoro. Tale nozione si considerò diafana, anche se in realtà mancava di grande chiarezza concettuale. Già ai suoi tempi, l'illustre Mario de la Cueva segnalava che la subordinazione, che è la base del rapporto di lavoro, doveva considerarsi non solo giuridica, bensì avrebbe dovuto discutersi anche della subordinazione economica come fonte di diritti ed obbligazioni ⁽²⁾.

Per questo non deve stupire che l'ILO ritenesse prioritario definire la nozione di rapporto di lavoro. A questo scopo, la Conferenza

⁽¹⁾ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *El ámbito de la relación de trabajo*, Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, 2003, in www.ilo.org.

⁽²⁾ M. DE LA CUEVA, *Derecho mexicano del trabajo*, Porrúa, 1967.

internazionale del lavoro nel 1997, 1998 e 2003 già aveva posto all'ordine del giorno la nozione di rapporto di lavoro. Lo stesso tema venne affrontato anche in una riunione del Comitato di esperti nell'anno 2000.

Deve segnalarsi, di fatto, il dibattito che ebbe inizio a partire dal 1998, in cui i delegati che presero parte alla Conferenza internazionale del lavoro non riuscirono a mettersi d'accordo sull'adozione di una convenzione e di una raccomandazione sul lavoro in regime di subappalto, tema che figurava all'ordine del giorno in virtù di una decisione del Consiglio di amministrazione adottata nell'aprile del 1995. Così descrive l'episodio Arturo S. Bronstein:

Conformemente al regolamento della Conferenza internazionale del lavoro, aveva avuto luogo un primo dibattito, nel 1997, nel corso del quale erano state messe in evidenza le difficoltà concettuali che comportava l'approccio ad un simile tema. Nonostante ciò, la Conferenza nel 1997 era giunta ad alcune conclusioni in vista dell'adozione di una convenzione, completata da una raccomandazione, che furono oggetto di un secondo dibattito nel 1998. Consapevole dei problemi che comportava la discussione di un simile tema, l'International Labour Office aveva, eccezionalmente, proposto un progetto alternativo. Tuttavia, neppure tale espediente fu sufficiente al raggiungimento, da parte della Conferenza, di un accordo sulla base del quale adottare la convenzione e la raccomandazione sul lavoro in regime di subappalto ⁽³⁾.

Dal punto di vista dei lavoratori, era essenziale ridurre la possibilità di ricorrere al subappalto di lavoro, mentre dal punto di vista dei datori di lavoro, l'essenziale era conservare la possibilità di ricorrervi. Il carattere diametralmente opposto delle due prospettive rese impossibile l'adozione di una norma internazionale sul lavoro in regime di subappalto, così come impossibile fu anche la sola elaborazione di una definizione chiara circa il tipo di subappalto al quale ci si volesse riferire ⁽⁴⁾.

A fronte dell'impossibilità di adottare una convenzione internazionale relativa alla nozione, portata e implicazioni del rapporto di lavoro, la Conferenza internazionale del lavoro adottò, il 15 giugno 2006, la raccomandazione n. 198 sul rapporto di lavoro (*Employment Relationship*

⁽³⁾ A.S. BRONSTEIN, *La subcontratación laboral*, in www.bcn.cl.

⁽⁴⁾ *Ibidem*.

Recommendation). Tale raccomandazione raccolse più di 30 monografie e oltre 70 studi nazionali circa la natura giuridica del rapporto di lavoro.

2. Il contenuto della raccomandazione n. 198

La mancanza di chiarezza circa i diritti e le obbligazioni spettanti a lavoratori e datori di lavoro, la prassi di simulare i rapporti di lavoro mediante figure giuridiche diverse, come la prestazione di servizi professionali, nonché le carenze che caratterizzano molte legislazioni nazionali nell'interpretazione e applicazione della nozione di rapporto di lavoro sono soltanto alcuni degli elementi che indussero all'adozione di una raccomandazione relativa a questa materia. A maggior ragione quando tali simulazioni e carenze circa la nozione di rapporto di lavoro, producono come risultato quello di privare i lavoratori dei loro diritti. La raccomandazione n. 198 comprende i tre seguenti aspetti ⁽⁵⁾:

- 1) stabilire una politica nazionale di protezione dei lavoratori inseriti in un rapporto di lavoro;
- 2) determinare con chiarezza quando può dirsi instaurato un rapporto di lavoro;
- 3) stabilire i meccanismi di controllo e corretta applicazione della raccomandazione n. 198.

La raccomandazione sottolinea che essa non comporta una revisione della raccomandazione n. 188/1997 (*Private Employment Agencies Recommendation*), né una revisione della convenzione n. 181/1997 (*Private Employment Agencies Convention*).

2.1. Stabilire una politica nazionale di protezione dei lavoratori inseriti in un rapporto di lavoro

La politica nazionale in materia di protezione dei lavoratori inseriti in un rapporto di lavoro, secondo quanto stabilito dalla raccomandazione n. 198, dovrebbe partire dalle seguenti caratteristiche:

⁽⁵⁾ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La Relación de Trabajo: Una guía anotada a la Recomendación No. 198*, Servicio de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo, Dialogue documento n. 18, 2008, in www.ilo.org.

- 1) gli Stati dovrebbero formulare e applicare una politica nazionale diretta ad esaminare, a intervalli appropriati, nonché ad identificare con chiarezza e ad adattare, il corretto ambito di applicazione della legislazione, al fine di garantire una protezione effettiva ai lavoratori che svolgono la loro attività nel quadro di un rapporto di lavoro;
- 2) la natura e la portata della tutela accordata ai lavoratori inseriti in un rapporto di lavoro dovrebbero essere definite dalla legge o dalle prassi nazionali, o da entrambe, pur sempre tenendo in considerazione le norme internazionali. Dette leggi o prassi dovrebbero poi essere quanto più possibile dotate di chiarezza e adeguatezza, in modo tale da garantire la protezione effettiva dei lavoratori inseriti in un rapporto di lavoro;
- 3) la politica nazionale dovrebbe formularsi previa consultazione con le organizzazioni più rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori;
- 4) prevedere l'inclusione, quantomeno, di misure volte a a) orientare datori di lavoro e lavoratori circa le modalità per determinare in maniera efficace la sussistenza di un rapporto di lavoro, nonché relativamente alla distinzione tra lavoratori dipendenti e lavoratori autonomi, b) combattere contro i rapporti di lavoro fittizi (sussiste un rapporto di lavoro fittizio quando un datore di lavoro si comporta nei confronti di un lavoratore come se tale non fosse, occultandone così la sua vera condizione giuridica, con la conseguenza del possibile verificarsi di situazioni in cui gli accordi contrattuali siano tali da privare i lavoratori delle protezioni cui hanno diritto), c) adottare norme applicabili a tutte le forme di accordi contrattuali, comprese quelle che vincolano più parti, in modo tale da garantire ai lavoratori salariati la protezione cui hanno diritto, d) assicurare che le norme individuino i soggetti sui quali incombe la responsabilità per la protezione accordata, e) fornire a datori di lavoro e lavoratori l'accesso effettivo a procedimenti e meccanismi che siano rapidi, poco onerosi, giusti ed efficaci per la risoluzione di controversie relative alla sussistenza e alle condizioni di un rapporto di lavoro, f) assicurare l'adempimento e l'applicazione effettiva della legislazione sul rapporto di lavoro e g) prevedere una formazione appropriata e adeguata sulle norme internazionali del diritto, sul diritto comparato e sulla giurisprudenza, diretta a giudici, arbitri, mediatori, ispettori del lavoro e ogni altro soggetto incaricato di risolvere le controversie e di far rispettare le leggi e le norme nazionali in materia di lavoro;
- 5) i membri dovrebbero prestare particolare attenzione a garantire una protezione effettiva a quei lavoratori che più di altri sono gravati

dall'incertezza circa la sussistenza di un rapporto di lavoro, tra cui le lavoratrici, i lavoratori più vulnerabili, i giovani lavoratori, i lavoratori anziani, i lavoratori nell'economia sommersa, gli immigrati e i lavoratori disabili;

6) i membri dovrebbero assicurare che venga affrontata la questione della dimensione di genere, posto che le donne che lavorano risultano predominanti in settori e occupazioni in cui si riscontra un'elevata proporzione di rapporti di lavoro fittizi o privi di chiarezza riguardo alla sussistenza del rapporto di lavoro, stabilendo politiche ben definite sull'uguaglianza di genere e ottimizzando l'adempimento delle norme nazionali, in modo tale che il tema della dimensione di genere possa essere finalmente affrontato in maniera efficace;

7) nel contesto della mobilità transnazionale dei lavoratori a) nel momento in cui viene elaborata una politica nazionale, ciascun membro dovrebbe, previa consultazione con le organizzazioni più rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, considerare la possibilità di adottare misure appropriate nel quadro della sua giurisdizione e, quando necessario, anche in collaborazione con altri membri, al fine di garantire una protezione effettiva e prevenire abusi contro i lavoratori migranti che si trovino nel proprio territorio e che possano risultare colpiti da una situazione di incertezza riguardo alla sussistenza di un rapporto di lavoro, e b) quando i lavoratori sono assunti in un Paese per lavorare in un altro, i membri interessati possono prendere in considerazione la possibilità di concertare accordi bilaterali aventi ad oggetto la prevenzione di abusi e prassi fraudolente tesi ad eludere gli accordi esistenti sulla protezione dei lavoratori nel contesto di un rapporto di lavoro;

8) la politica nazionale di protezione dei lavoratori inseriti in un rapporto di lavoro non dovrebbe interferire nei veri rapporti civili e commerciali.

2.2 La determinazione della sussistenza di un rapporto di lavoro

La sussistenza di un rapporto di lavoro dovrebbe essere principalmente determinata in conformità ai dati di fatto relativi all'esecuzione del lavoro e alla remunerazione del lavoratore, e ciò a prescindere da accordi, contrattuali o di altra natura, in cui le parti abbiano convenuto una diversa modalità di estrinsecazione del rapporto.

In tal senso, i membri dovrebbero promuovere metodi chiari per offrire un orientamento a lavoratori e datori di lavoro sulla modalità di determinazione della sussistenza di un rapporto di lavoro, per cui si dovrebbe ammettere la possibilità di:

- a) consentire un'ampia varietà di mezzi per determinare la sussistenza di un rapporto di lavoro;
- b) affermare la presunzione legale della sussistenza di un rapporto di lavoro quando vi sono uno o più indizi;
- c) determinare, previa consultazione con le organizzazioni più rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, che i lavoratori in possesso di determinate caratteristiche sono da considerarsi, in generale o in un determinato settore, come lavoratori dipendenti o lavoratori autonomi.

I membri potrebbero considerare la possibilità di definire con chiarezza le condizioni che determinano la sussistenza di un rapporto di lavoro, come ad esempio, la subordinazione o la dipendenza. A tal fine, dovrebbero valutare l'opportunità di definire nell'ambito della propria legislazione, o attraverso altri mezzi, elementi specifici che permettano di determinare la sussistenza di un rapporto di lavoro. Ad esempio:

- a) il fatto che la prestazione di lavoro venga eseguita secondo le istruzioni e sotto il controllo di un'altra persona; che la stessa implichi l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa; che sia svolta soltanto, o principalmente, a beneficio di un'altra persona; che sia resa personalmente dal lavoratore durante un determinato orario di lavoro, o in un luogo indicato o accettato da colui che richiede il lavoro; che la prestazione di lavoro abbia una durata determinata e una certa continuità, o richieda la disponibilità del lavoratore, il che implica la fornitura di attrezzature, materiali e macchine da parte della persona che richiede il lavoro;
- b) il fatto che al lavoratore venga pagata una retribuzione periodica, e che tale retribuzione risulti essere l'unica o principale fonte di entrate del lavoratore; la previsione di pagamenti in benefit come pasti, alloggio, trasporti e altro; il fatto che vengano riconosciuti alcuni diritti come il riposo settimanale e le ferie annuali; che la parte richiedente la prestazione di lavoro paghi i viaggi che deve compiere il lavoratore per svolgere il suo lavoro; il fatto che non esistano rischi finanziari per il lavoratore.

La risoluzione delle controversie riguardanti la sussistenza e le condizioni di un rapporto di lavoro dovrebbe essere competenza dei tribunali del lavoro o di altri tribunali, o delle istanze di arbitrato, cui lavoratori e datori di lavoro abbiano effettivo accesso, in conformità alla legge e alla prassi nazionale.

L'autorità competente dovrebbe adottare delle misure per garantire l'adempimento e l'applicazione della legislazione relativa al rapporto di lavoro con riferimento a diversi aspetti trattati nella raccomandazione n. 198, ad esempio, attraverso i servizi ispettivi del lavoro, in collaborazione con gli enti gestori della previdenza sociale e le autorità fiscali.

Per ciò che concerne il rapporto di lavoro, le amministrazioni nazionali del lavoro e i loro connessi servizi dovrebbero supervisionare periodicamente i loro programmi e i dispositivi di controllo dell'adempimento, prestando particolare attenzione a quelle occupazioni e settori che presentano una percentuale elevata di lavoratrici donne.

Nel quadro della politica nazionale, i membri dovrebbero stabilire misure efficaci destinate ad eliminare gli incentivi che sostengono i rapporti di lavoro fittizi.

Nel quadro della politica nazionale, i membri dovrebbero, tra l'altro, promuovere il ruolo della contrattazione collettiva e del dialogo sociale quali strumenti per risolvere, su scala nazionale, le questioni relative al rapporto di lavoro.

Esistono vari elementi che possono far chiarezza sulla sussistenza o meno di un rapporto di lavoro, la maggior parte dei quali ruota attorno ai seguenti aspetti: chi detiene il controllo del lavoro, il grado di inserimento del lavoratore nell'impresa, il grado di dipendenza così come il rischio finanziario che si assume ⁽⁶⁾:

- se sussiste un determinato grado di subordinazione o dipendenza;
- se sussiste un controllo del lavoro e se vengono impartite istruzioni;
- se sussiste una certa integrazione del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa;
- se il lavoro è svolto unicamente o principalmente a beneficio di un'altra persona;
- se il lavoro è eseguito personalmente dal lavoratore;
- se il lavoro è eseguito durante un determinato orario di lavoro e in un luogo concordato;

⁽⁶⁾ Ivi, 41.

- se il lavoro ha una certa durata o continuità;
- se il lavoro richiede la disponibilità del lavoratore;
- se la fornitura di attrezzature e materiali avviene da parte della persona che richiede il lavoro;
- se la persona riceve pagamenti periodici e regolari da parte del beneficiario;
- se la retribuzione è l'unica o principale fonte di entrate del lavoratore;
- se parte della retribuzione avviene in natura;
- se alla persona vengono riconosciuti determinati diritti del lavoro, come il riposo settimanale o le ferie annuali;
- se la persona che richiede il lavoro paga i viaggi del lavoratore;
- se non sussistono rischi finanziari per il lavoratore.

3. Controllo e applicazione

In materia di controllo della raccomandazione, si stabilisce che i membri debbano definire un meccanismo adeguato, o utilizzarne uno già esistente, per seguire l'evoluzione del mercato del lavoro e dell'organizzazione del lavoro, così come offrire consulenza per l'adozione e applicazione delle misure relative al rapporto di lavoro nel quadro della politica nazionale.

Da parte loro, le organizzazioni maggiormente rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori dovrebbero essere parimenti rappresentate nel meccanismo di controllo dell'evoluzione del mercato del lavoro e dell'organizzazione del lavoro. Inoltre, le organizzazioni dovrebbero consultarsi nel quadro del meccanismo sopra menzionato, con la frequenza necessaria – e quando sia possibile e utile – sulla base di informazioni di esperti e di studi tecnici.

Allo stesso modo, i membri dovrebbero stilare informazioni e dati statistici, nonché realizzare studi sui mutamenti registrati nella struttura e nella modalità del lavoro, a livello nazionale e settoriale, tenendo presente la distribuzione tra uomini e donne e gli altri aspetti relazionati.

Come si può notare, la raccomandazione n. 198 offre un ampio ventaglio di idee a partire dal quale può disegnarsi una vera politica del lavoro in materia di protezione dei lavoratori, nei casi in cui emergano dubbi su colui in capo al quale debbano ricadere le responsabilità previste dalla legislazione del lavoro. Ad ogni modo, rimane l'impressione che

nell'ambito della Conferenza internazionale dell'ILO, a momento debito, non vi fu la forza necessaria affinché una tale norma assumesse la forma di una convenzione internazionale tale da poter condurre, con il suo carattere vincolante, verso una legislazione in grado di proteggere i lavoratori a fronte dell'esistenza di relazioni trilaterali. Tuttavia, non bisogna sminuire l'importanza e il valore di una raccomandazione per gli orientamenti che suggerisce alla comunità internazionale. Allo stesso modo, si deve ricordare che l'articolo 19 della Costituzione dell'ILO indica una serie di obblighi che i Paesi membri devono rispettare in materia di raccomandazioni, tra cui l'obbligo di sottoporre le raccomandazioni alle autorità competenti e adottare le misure per la loro attuazione, così come l'obbligo di informare la stessa ILO sulla forma utilizzata all'atto della trasposizione nel diritto interno ⁽⁷⁾.

In questo senso, è necessario prestare attenzione al modo in cui il Governo messicano sta adempiendo questi obblighi internazionali.

Come è stato notato,

Questa norma riafferma la protezione del lavoratore come obiettivo centrale della politica del lavoro e proclama la nascita di una serie di strumenti tecnico-giuridici tradizionali tesi a far emergere i rapporti fittizi di lavoro, strumenti quali la prevalenza della realtà, l'irrelevanza della qualificazione giuridica che le parti attribuiscono al rapporto che le vincola, l'enumerazione di indizi sulla sussistenza di un rapporto di lavoro [...] ⁽⁸⁾.

Nel caso del Messico, sebbene la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) abbia assunto come criterio l'importanza del livello, superiore alla legge e inferiore alla Costituzione, dei Trattati, lo stesso non accade nel caso delle norme internazionali come le raccomandazioni dell'ILO, dal momento che le stesse non hanno quella forza vincolante propria invece delle convenzioni internazionali. Bisogna ricordare che, una volta approvata una raccomandazione, i Paesi membri hanno il solo obbligo di sottoporla alle autorità competenti e in seguito informare l'ILO circa la

⁽⁷⁾ Cfr. J. BARROSO FIGUEROA, *Derecho internacional del trabajo*, Porrúa, 1987, 182, e N. VALTICOS, *Droit international du travail*, in G.H. CAMERLYNCK (a cura di), *Droit du travail*, vol. 8, Dalloz, 1983, 584.

⁽⁸⁾ Ó. ERMIDA URIARTE, *La política laboral de los gobiernos progresistas*, in *Nueva Sociedad*, 2007, n. 211, 56, in www.nuso.org.

situazione della legislazione sul relativo tema; tuttavia, ciò non impedisce, dal nostro punto di vista, che il Governo messicano debba prima o poi assumere una posizione e un'opinione circa i progetti che la raccomandazione n. 198 suggerisce in materia di subappalto.

Accanto all'adozione della raccomandazione n. 198 nel giugno 2006, la Conferenza internazionale del lavoro ha adottato una risoluzione sul rapporto di lavoro per dare sostegno all'International Labour Office nel controllo che la raccomandazione impone. Inoltre, la stessa raccomandazione, ai punti 19, 20, 21 e 22, enfatizza la necessità che i membri dell'ILO creino e mantengano determinati meccanismi di controllo e applicazione. Da parte sua, il Consiglio di amministrazione dell'ILO, durante la sessione del novembre 2006, ha dato istruzioni al direttore generale perché rendesse esecutiva la risoluzione ⁽⁹⁾. Quest'ultima, in effetti, invita il Consiglio di amministrazione dell'ILO a dare istruzioni al direttore generale affinché:

- 1) prestino assistenza ai mandanti per ciò che concerne i meccanismi di applicazione e controllo della politica nazionale a cui si riferisce la raccomandazione sul rapporto di lavoro;
- 2) mantenga aggiornate le informazioni e intraprenda studi comparati sull'evoluzione dei modelli e strutture di lavoro nel mondo con l'obiettivo di a) migliorare la qualità dell'informazione e la comprensione di ciò che riguarda il lavoro e le altre relative questioni, b) dare assistenza ai mandanti affinché comprendano e valutino meglio i fenomeni, in modo tale da adottare misure adeguate agli obiettivi di protezione dei lavoratori, e c) promuovere buone prassi a livello nazionale e internazionale in relazione alla determinazione e all'utilizzo del rapporto di lavoro;
- 3) svolga indagini sui sistemi giuridici degli Stati membri dell'ILO al fine di precisare i criteri utilizzati a livello nazionale per determinare la sussistenza di un rapporto di lavoro, e porre così i risultati a disposizione degli Stati membri per, se necessario, aiutarli a definire il proprio focus nazionale sulla base del quale affrontare la questione.

Nonostante sia chiaro che il contenuto della raccomandazione n. 198 relativa al rapporto di lavoro costituisca una guida per il rispetto dei diritti

⁽⁹⁾ *Resolution concerning the employment relationship*, in ILO GOVERNING BODY, *Follow-up to resolutions adopted by the 95th Session (2006) of the International Labour Conference and other matters arising. Resolution concerning the employment relationship*, Appendix, 2006, GB.297/3, in www.ilo.org.

e degli obblighi dei lavoratori e dei datori di lavoro, la sua natura di raccomandazione le attribuisce una portata limitata. In tal senso, anche la sua influenza è limitata. Inoltre, il tempo trascorso è ancora troppo breve per poter trarre su di essa delle conclusioni. Pertanto, se si vuole analizzare come si è evoluto il fenomeno del subappalto nell'ambito giuridico, risulta indispensabile volgere lo sguardo verso altri strumenti internazionali di natura regionale, come nel caso dell'Unione europea (*infra*, cap. III) o della legislazione sviluppatasi in altre regioni come in America Latina (*infra*, cap. IV), e nello specifico, osservare come il diritto messicano abbia reagito al fenomeno del subappalto (*infra*, cap. V).

Capitolo III

Il quadro giuridico dell'esternalizzazione e del subappalto in Europa

1. Premessa

Paradossalmente, la scelta delle imprese in favore di un'organizzazione in rete è promossa dal diritto del lavoro sia negli Stati membri dell'Unione europea, che nel sistema giuridico comunitario. Entrambi i livelli, infatti, si occupano di disciplinare i rapporti di lavoro che hanno fondamento in un contratto di lavoro, mentre ignorano tutte le altre forme di utilizzo della manodopera, demandandone essenzialmente la disciplina al diritto civile e commerciale ⁽¹⁾. È sufficiente che un'impresa in cerca di maggiore flessibilità si procuri la manodopera in un quadro diverso da quello del contratto di lavoro per eludere, parzialmente o totalmente, le regole sulle condizioni di lavoro e le restrizioni connesse al contratto di lavoro ⁽²⁾.

L'Unione europea non ha intrapreso nessuna iniziativa a livello globale per comprendere i fenomeni di esternalizzazione e subappalto nella loro interezza e complessità. Tuttavia, progressivamente, ha adottato direttive la cui trasposizione nel diritto nazionale ha reso possibile la creazione di

⁽¹⁾ A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et codes de conduites. Un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, 2002.

⁽²⁾ T. AUBERT-MONPEYSSEN, *Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail*, in *DS*, 1997, n. 6, 616.

una disciplina minima per l'esternalizzazione (*infra*, § 2) e l'utilizzo del subappalto (*infra*, § 3) nell'ambito delle imprese europee ⁽³⁾.

2. Il diritto europeo dell'esternalizzazione

Quando un'impresa europea partecipa a un processo di ristrutturazione ed esternalizza le sue attività accessorie, sia attraverso una cessione convenzionale delle attività, sia mediante il subappalto, l'operazione implica il trasferimento dei contratti di lavoro al cessionario che deve garantire, ai lavoratori trasferiti, la conservazione delle loro precedenti condizioni di lavoro (*infra*, § 2.1). Quando l'operazione di esternalizzazione consiste nel trasferire lo svolgimento di un'attività a un'impresa situata al di fuori dell'Unione europea (delocalizzazione), la stessa non è vista come un trasferimento ma come una cessazione delle attività accompagnata da una delocalizzazione o rilocalizzazione, e da un investimento in un Paese terzo. In quest'ultima ipotesi, l'interruzione delle attività implica la cessazione dei contratti di lavoro tra i lavoratori e l'impresa delocalizzata (*infra*, § 2.2); cessazione cui Serra si oppose in una procedura di consultazione con i rappresentanti del personale (*infra*, § 2.3).

2.1. La direttiva sul trasferimento di imprese

In virtù dell'articolo 249, terzo comma, del Trattato che istituisce la Comunità europea, «La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi». Di conseguenza, le direttive europee esigono l'applicazione (o trasposizione) in ciascuno dei sistemi giuridici nazionali, attraverso la legge, i regolamenti o i contratti collettivi, da realizzarsi entro un periodo di tempo determinato. Allo scadere del termine, la mancata trasposizione comporta una tripla sanzione. La prima, rispetto al tema che ci riguarda, è di minore rilevanza. Lo Stato che non ha provveduto alla trasposizione della

⁽³⁾ A fronte dell'assenza di regolamentazione comunitaria, come nel caso del lavoro autonomo, si fa riferimento ai vari diritti nazionali.

direttiva si espone, quando sussistono determinate condizioni, a un ricorso per inadempienza davanti al giudice comunitario, e a un'azione per danni e pregiudizi di fronte alle giurisdizioni nazionali, avanzati da coloro che, a causa della mancata trasposizione, hanno subito un nocumento. Allo stesso modo, ognuno ha il diritto di invocare le disposizioni di una direttiva che risultano «incondizionate e sufficientemente precise» nell'ambito di una controversia contro le autorità pubbliche. Tale efficacia diretta delle direttive (non trasposte nel periodo stabilito) non è però assoluta: si manifesta solo in direzione verticale (non nelle controversie tra individui, come tra lavoratore e datore di lavoro). Infine, gli organi giurisdizionali nazionali sono obbligati a interpretare il proprio diritto nazionale «alla luce del testo e delle finalità della direttiva, al fine di raggiungere il risultato che la stessa persegue».

Il diritto europeo dell'esternalizzazione intracomunitaria è contenuto nella direttiva del Consiglio 77/187/CEE del 14 febbraio 1977 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti. Secondo questa direttiva, nel momento in cui il soggetto economico trasferito conservi la propria identità, i contratti di lavoro firmati con il cedente vengono automaticamente trasferiti al cessionario (effetto traslativo). La direttiva 77/187/CEE è stata oggetto di modifiche nel 1998 ⁽⁴⁾ ed è poi confluita nella direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001 «per ragioni di chiarezza e razionalità».

2.1.1. Il campo di applicazione geografica della direttiva sul trasferimento di imprese

L'articolo 1, § 2, della direttiva 2001/23/CE stabilisce che «La presente direttiva si applica se e nella misura in cui l'impresa, lo stabilimento o la parte di impresa o di stabilimento da trasferire si trovi nell'ambito d'applicazione territoriale del trattato». Così, per poter rimanere

⁽⁴⁾ Queste modifiche derivano dalla direttiva 98/50/CE del 29 giugno 1998, che ha dovuto adeguarsi alla definizione di trasferimento fornita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee.

nell'ambito di applicazione della direttiva, la cessione dell'attività deve essere, di conseguenza, intracomunitaria. Deve dunque ritenersi che il trasferimento dei contratti di lavoro, così come previsto dalla direttiva, non produca effetti nei confronti del cessionario situato al di fuori della Comunità europea (articolo 3, § 1).

La direttiva, tuttavia, si applica alla cessione di qualunque "entità autonoma" che avvenga all'interno del territorio comunitario (ad esempio tra Francia e Germania o tra Germania e Italia), vale a dire, a ogni cessione transfrontaliera e intracomunitaria.

In tal modo, le disposizioni contenute negli articoli 1, § 2, e 3, § 1, della direttiva, prevalgono su qualunque regola di conflitto contenuta nei diritti nazionali o nella Convenzione di Roma del 1980, la quale delineava la *lex contractus* o la *lex loci laboris* al fine di disciplinare la situazione dei lavoratori. In altre parole, «la direttiva comunitaria crea un ponte giuridico che garantisce il trasferimento dei contratti di lavoro tra un cedente e il cessionario situati in diversi Stati membri, indipendentemente dal contenuto del diritto nazionale» ⁽⁵⁾.

Al contrario, nella cessione di un'impresa non comunitaria, torna il concetto della relatività dei contratti, salvo che il Paese terzo interessato preveda ugualmente l'effetto traslativo della cessione ⁽⁶⁾.

In caso di cessione di un'impresa situata al di fuori della Unione europea, si ammette che l'attività non sia realmente trasferita, ma piuttosto interrotta e nuovamente creata in un Paese terzo alle condizioni esclusive di ciascuna nozione di "trasferimento". È quanto emerge dalla decisione giudiziale *Thomson Tubes* della Chambre sociale della Cour de cassation ⁽⁷⁾. In questo caso, la più alta giurisdizione francese rigettò quanto deciso dalla Cour d'appel di Lione sull'avvenuto trasferimento dell'attività dalla Francia al Brasile. Secondo la Cour de cassation «Lo stabilimento di Lione della società Thomson Tubes et Displays era stato chiuso e [...] le attività venivano svolte in altri luoghi, nello specifico all'estero e in modo diverso, cosicché i posti di lavoro di questo stabilimento erano stati eliminati». Di conseguenza, quando un'impresa europea decide di delocalizzare totalmente o in parte la propria attività al di fuori dello

⁽⁵⁾ Si veda P. MORVAN, *L'article L. 122-12 du Code du Travail à l'international. Contrat de travail et transfert international d'entreprise*, in *RJS*, 2004, n. 8-9, 587.

⁽⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁾ Cass. soc. 5 avril 1995, n. 93-42690, *Thomson Tubes et Displays c/ Steenhoute et autres et SA TRW Repa c/ Mabon et autres*, in *RJS*, 1995, 497.

spazio economico europeo, in un Paese terzo, non avviene un trasferimento di impresa, ma una cessione di attività e la creazione di una nuova impresa all'estero. Ciò che ne deriva, pertanto, è l'inevitabile licenziamento dei lavoratori ⁽⁸⁾.

Nulla impedisce, tuttavia, al cessionario non comunitario di un soggetto economico autonomo, di concordare con il cedente comunitario di riprendere, in tutto o parte, i contratti di lavoro.

2.1.2. L'ambito di applicazione materiale della direttiva sul trasferimento

La nozione di trasferimento di impresa

In base all'articolo 1 della direttiva 2001/23/CE, la stessa si applica «ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione». Secondo la lettera *b* del § 1 dell'articolo 1, «è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria».

Il nocciolo della questione è dunque sapere se la direttiva sul trasferimento di imprese si applica alle operazioni di esternalizzazione, vale a dire, alla cessione di un'attività secondaria ad un prestatore di servizi o ad un subappaltatore intracomunitario.

Il trasferimento di un soggetto economico

In mancanza di una definizione del concetto di soggetto economico suscettibile di trasferimento, i giudici nazionali e comunitari hanno cercato di elaborarne una. In tali circostanze, è stato utilizzato il metodo indiziario. Il migliore esempio di questo approccio a livello comunitario

⁽⁸⁾ Si veda C. RADE, *Restructurations et délocalisations*, in *DS*, 2006, n. 3, 289.

continua ad essere il caso *Spijkers* del 16 marzo del 1986 ⁽⁹⁾. La risoluzione giudiziale invita il giudice nazionale a:

prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici ed i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela [punto 13].

La sentenza *Rygaard* del 19 settembre 1995 ⁽¹⁰⁾, dall'altro lato, precisa che il soggetto suscettibile di trasferimento debba corrispondere ad «un insieme organizzato di elementi tale da consentire il proseguimento delle attività o di talune attività dell'impresa cedente in modo stabile» (punto 21). Infine, la sentenza *Süzen* dell'11 marzo del 1997 ⁽¹¹⁾ affina questa posizione ricordando che:

Perché la direttiva sia applicabile occorre tuttavia che il trasferimento abbia ad oggetto un'entità economica organizzata in modo stabile, la cui attività non si limiti all'esecuzione di un'opera determinata [...]. La nozione di entità si richiama quindi ad un complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo [punto 13].

La cessione di un soggetto autonomo

Quando la cessione convenzionale riguarda un'impresa o un intero stabilimento, non è rilevante interrogarsi sull'autonomia del soggetto trasferito. Diversamente, questa informazione assume grande importanza quando si è in presenza di un trasferimento di una semplice attività o di

⁽⁹⁾ C. giust. 18 marzo 1986, causa 24/85, *Jozef Maria Antonius Spijkers c. Gebroeders Benedik Abattoir CV ed Alfred Benedik en Zonen BV*, in *Racc.*, 1986, 1119.

⁽¹⁰⁾ C. giust. 19 settembre 1995, causa C-48/94, *Ledernes Hovedorganisation, a nome di Ole Rygaard, c. Dansk Arbejdsgiverforening, a nome della Strø Mølle Akustik A/S*, in *Racc.*, 1997, I, 2745.

⁽¹¹⁾ C. giust. 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Ayşe Süzen c. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*, in *Racc.*, 1997, I, 1273.

una parte dell'impresa, come avviene ad esempio nel caso di un'operazione di esternalizzazione di un'attività accessoria, o del ricorso al subappalto.

L'autonomia è un elemento della nozione di soggetto economico, da cui si evince che il soggetto autonomo debba disporre di mezzi, personale e clienti propri.

Il 14 maggio 1998, la Cour d'appel di Nîmes ha emanato, sul punto, una decisione che merita attenzione. Uno stabilimento della società Perrier aveva deciso di esternalizzare la produzione di piattaforme per le casse, e così concentrarsi nella sua attività principale. La società vendette allora ad altra società il proprio materiale e le proprie scorte. Parallelamente, cercava di trasferire i contratti di lavoro delle persone impegnate nella summenzionata attività proprio su richiesta degli stessi lavoratori, che volevano rimanere nel seno di quella società. Consapevoli del trasferimento del soggetto economico, gli interessati si appellarono al requisito dell'autonomia, sostenendo che l'entità trasferita non rispondesse a detto criterio. A tal proposito, la Cour d'appel ha ritenuto che:

non costituisce un'attività economica autonoma il laboratorio di falegnameria di uno degli stabilimenti della società che gestisce l'attività di fabbricazione e riparazione delle piattaforme per casse, che, nonostante la localizzazione geografica dei luoghi in edifici separati e l'utilizzo di materiale specifico per l'attività, altro non è che una semplice scomposizione dei servizi centrali dell'impresa ⁽¹²⁾.

La conservazione dell'identità

Richiamando la giurisprudenza *Spijkers* ⁽¹³⁾ e *Redmond Stichting* ⁽¹⁴⁾, il caso *Schmidt* del 14 aprile 1994 ⁽¹⁵⁾ ricorda che il criterio decisivo per valutare la sussistenza di un trasferimento d'impresa – o di parte di essa –

⁽¹²⁾ Si veda S. DARMAISIN, *Le concept de transfert d'entreprise*, in *DS*, 1999, n. 4, 343.

⁽¹³⁾ C. giust. causa C-24/85, cit., punto 12.

⁽¹⁴⁾ C. giust. 19 maggio 1992, causa C-29/91, *Dr. Sophie Redmond Stichting c. Hendrikus Bartol et al.*, in *Racc.*, 1992, I, 3189, punto 3.

⁽¹⁵⁾ C. giust. 14 aprile 1994, causa C-392/92, *Christel Schmidt c. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, in *Racc.*, 1994, I, 1311.

nel senso inteso dalla direttiva, è la conservazione dell'identità. Il fatto che l'impresa conservi la propria identità «risulta in particolare dall'effettiva continuazione o dalla ripresa, da parte del nuovo imprenditore, delle stesse attività economiche ovvero di attività analoghe» (punto 17).

L'esternalizzazione di un servizio o la perdita di un mercato (subappalto)

Nel caso *Watson Rask*, del 12 novembre 1992 ⁽¹⁶⁾, un'impresa aveva deciso di rinunciare alla gestione della propria mensa per trasferirla a un soggetto esterno. L'allora Corte di giustizia delle Comunità europee (oggi Corte di giustizia dell'Unione europea) ritenne che tale decisione implicasse il trasferimento dei contratti al nuovo fornitore, ricordando che l'articolo 1 della direttiva deve essere interpretato

nel senso che questa può applicarsi a situazioni in cui un imprenditore affida, mediante contratto, ad un altro imprenditore la responsabilità di provvedere ad un servizio destinato ai dipendenti, gestito in precedenza in modo diretto, dietro corresponsione di un compenso e di vari vantaggi le cui modalità sono determinate dall'accordo fra essi concluso [punto 12].

Nel caso *Schmidt* un'impresa tedesca aveva deciso di esternalizzare il servizio di pulizia delle proprie strutture. Il nuovo prestatore del servizio aveva accettato di proseguire con il contratto di lavoro di un lavoratore, ma a condizioni di lavoro meno vantaggiose, situazione che fu eccepita dal lavoratore. La posizione dell'allora Corte di giustizia delle Comunità europee fu chiara: l'effetto traslativo si applica nel caso in cui «un imprenditore affidi contrattualmente ad un altro imprenditore l'incarico di svolgere lavori di pulizia ai quali, prima del trasferimento, provvedeva direttamente, ancorché con un solo dipendente» (punto 20). Dal caso *Schmidt*, il semplice trasferimento di un'attività è in grado altresì di comportare il trasferimento dei contratti di lavoro, anche laddove il trasferimento non risulti dal passaggio di beni materiali e immateriali.

⁽¹⁶⁾ C. Giust 12 novembre 1992, causa C-209/91, *Anne Watson Rask e Kirsten Christensen c. ISS Kantineservice A/S*, in *Racc.*, 1992, I, 5755.

Questa posizione della Corte di giustizia oggi risulta sensibilmente ridimensionata alla luce del caso *Süzen* in cui si indicò, a partire da quel momento, che:

Come rilevato dalla maggior parte di coloro che hanno partecipato al procedimento, la mera circostanza che i servizi prestati dal precedente e dal nuovo appaltatore sono analoghi non consente di concludere nel senso che sussista il trasferimento di un'entità economica. Infatti, un'entità non può essere ridotta all'attività che le era affidata. La sua identità emerge anche da altri elementi quali il personale che la compone, il suo inquadramento, l'organizzazione del suo lavoro, i metodi di gestione e ancora, all'occorrenza, i mezzi di gestione a sua disposizione [punto 15].

Di conseguenza,

La semplice perdita di un appalto di servizi a vantaggio di un concorrente non può quindi rivelare, di per sé, l'esistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva. In una siffatta situazione, l'impresa di servizi precedentemente affidataria dell'appalto, ove perda un cliente, continua tuttavia a sopravvivere integralmente, senza che si possa ritenere che uno dei suoi stabilimenti o parti di stabilimento siano stati ceduti al nuovo appaltatore [punto 16].

Se da un lato il caso *Süzen* ricorda che la sola perdita di un'attività a beneficio di un nuovo prestatore non implica di per sé l'applicazione della direttiva, dall'altro precisa che:

quando, in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune può corrispondere ad un'entità economica, si deve necessariamente ammettere che una siffatta entità possa conservare la sua identità al di là del trasferimento qualora il nuovo imprenditore non si limiti a proseguire l'attività stessa, ma riassuma anche una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti [punto 21].

Nell'ambito di questa decisione, il giudice comunitario ha ricordato che un soggetto economico

per essere sufficientemente strutturato e autonomo, non deve necessariamente comprendere significativi elementi attivi, tangibili o

intangibili che siano. In alcuni settori economici, come la pulizia, il soggetto economico si riduce spesso alla sua minima espressione, e l'attività finisce con il basarsi principalmente sul lavoro. Pertanto, un gruppo organizzato di lavoratori che siano destinati in modo specifico e duraturo a un'attività comune, può equivalere, in assenza di altri fattori di produzione, ad un soggetto economico ⁽¹⁷⁾.

Questa decisione desta qualche perplessità giacché rileva che in certe attività, come in quelle di pulizia o di amministrazione di un ristorante, la direttiva si applica solamente se l'esternalizzazione di queste attività accessorie va di pari passo con il trasferimento di tutti o alcuni lavoratori. Dal nostro punto di vista, il trasferimento dei contratti al cessionario non può essere contemporaneamente causa ed effetto dell'applicazione della direttiva.

Diritti e obblighi derivanti dall'applicazione della direttiva sul trasferimento

La conservazione dei diritti dei lavoratori

L'articolo 3 della direttiva mira a garantire, a tutti i lavoratori coinvolti nel trasferimento del loro posto di lavoro in capo ad un nuovo imprenditore, la conservazione dei propri diritti, acquisiti al momento della cessione. In tal modo, i contratti o i rapporti – relativi al diritto del lavoro – sono trasmessi al cessionario (articolo 2). Non si applica il beneficio di tale garanzia alle persone soggette alle condizioni di diritto pubblico ⁽¹⁸⁾.

In prima battuta, il trasferimento non può costituire motivo di licenziamento. Ciò nonostante, nell'ambito di un trasferimento, i licenziamenti possono essere giustificati per «motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione» (articolo 4, § 1).

⁽¹⁷⁾ Per tutti questi aspetti si veda S. LAULOM, *Les dialogues entre juge communautaire et juges nationaux en matière de transferts d'entreprise*, in *DS*, 1999, n. 9-10, 821; P. RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, n. 378, 2008, 382 ss.; J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, n. 778, 248.

⁽¹⁸⁾ C. giust. 14 settembre 2000, causa C-343/98, *Renato Collino e Luisella Chiappero c. Telecom Italia SpA*, in *Racc.*, 2000, I, 6659.

La Corte ammette la possibilità per il lavoratore di rifiutare il trasferimento che sia stato attuato con riferimento al proprio rapporto di lavoro, e ciò in quanto la scelta della propria controparte contrattuale è un diritto fondamentale ⁽¹⁹⁾. Da questo atteggiamento del lavoratore non è possibile far discendere alcun tipo di responsabilità. Il diritto francese, al contrario, stabilisce che il lavoratore non può opporsi al suo trasferimento ⁽²⁰⁾.

I diritti e gli obblighi di cui il cedente è titolare per effetto di un contratto o di un rapporto di lavoro esistente, sono trasferiti al cessionario. D'altra parte, ai sensi dell'articolo 3, § 1, della direttiva, gli Stati membri possono stabilire la responsabilità solidale del cedente e del cessionario con riguardo a tutte le obbligazioni sorte prima della data del trasferimento.

Il cessionario è autorizzato a realizzare dei cambiamenti nella stessa misura del cedente. Una modifica sostanziale del contratto (una riduzione del salario o un aumento significativo delle ore di lavoro al di là dell'orario straordinario) è considerata dal punto di vista giuridico come un licenziamento dovuto al trasferimento e sarà imputato al cessionario (sentenza *Delahaye*) ⁽²¹⁾. La soluzione è la stessa, sia quando il lavoratore ottiene dei nuovi benefici in cambio degli svantaggi derivanti dalla modifica del rapporto di lavoro, sia quando, in generale, si trova in una situazione più favorevole della precedente. Ciò nonostante, la Corte aggiunge che la direttiva non impedisce una modifica del rapporto di lavoro con il cessionario, nella misura in cui il diritto nazionale applicabile (*lex laboris*) ammetta tale modifica al di fuori dell'ipotesi di un trasferimento di impresa.

Nel caso *Delahaye*, l'allora Corte di giustizia delle Comunità europee si pronunciò sul trasferimento di una persona giuridica dal diritto privato a quello pubblico. Lo Stato aveva ridotto la retribuzione dei suoi nuovi dipendenti conformemente alle disposizioni nazionali in vigore per il settore pubblico. La Corte ha ritenuto che la direttiva non vietasse tale riduzione, in virtù del rispetto, da parte del nuovo datore di lavoro, delle

⁽¹⁹⁾ C. giust. 16 dicembre 1992, cause riunite C-132/91, C-138/91 e C-139/91, *Grigorios Katsikas c. Angelos Konstantinidis e Uwe Skreb e Günter Schroll contro PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nfl. GmbH*, in Racc., 1992, I, 6577.

⁽²⁰⁾ J. PELISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 2008, 494.

⁽²¹⁾ C. giust. 11 novembre 2004, causa C-425/02, *Johanna Maria Delahaye, coniugata Boor c. Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative*, in Racc., 2004, I, 10823.

regole in materia di anzianità. Tuttavia, la riduzione del salario poteva configurarsi come un recesso dal contratto di lavoro.

I lavoratori che risultano dipendenti del cedente alla data del trasferimento, conservano il beneficio dei diritti derivanti da un contratto collettivo in vigore sino alla scadenza dello stesso, o all'applicazione di un nuovo contratto collettivo che a esso si sostituisca. Gli Stati membri possono limitare il periodo di conservazione delle condizioni di lavoro, purché esso non sia inferiore a un anno (articolo 3, § 3, secondo comma). Quando il contratto di lavoro rinvia a un contratto collettivo che vincola il cedente, l'articolo 3, § 1, della direttiva non impedisce che il cessionario – che non è parte di questo contratto – si rifiuti di applicare ai lavoratori interessati dal trasferimento le condizioni dei contratti collettivi successivi a quello in vigore al momento del trasferimento dello stabilimento ⁽²²⁾.

Informazione e consultazione dei rappresentanti del personale

Il cedente e il cessionario sono tenuti a informare i rappresentanti dei lavoratori circa la data e i motivi del trasferimento, le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali, e le misure previste nei confronti dei lavoratori. Le informazioni devono essere comunicate con sufficiente anticipo rispetto alla data del trasferimento, cioè prima che i lavoratori passino alle dipendenze del cessionario (articolo 7). Allo scopo di rendere effettiva la realizzazione di questo obiettivo, la direttiva considera il mantenimento della rappresentanza dei lavoratori come prioritario rispetto al mutamento del soggetto trasferito. In effetti, ai fini della salvaguardia dei diritti dei lavoratori, è opportuno che la loro rappresentanza collettiva non venga interrotta, se non in via temporanea per il passaggio materiale del trasferimento. Ad ogni modo, laddove manchi una rappresentanza dei lavoratori, sono gli stessi lavoratori coinvolti nel trasferimento a ricevere le informazioni.

La consultazione è incentrata sulle misure che l'ufficio del personale del cedente intende adottare rispetto al cessionario, il quale si impegna a "raggiungere un accordo". La direttiva prende in considerazione la situazione specifica degli Stati che, come la Germania, offrono ai rappresentanti del personale la possibilità di ricorrere all'arbitrato e

⁽²²⁾ C. giust. 9 marzo 2006, causa C-499/04, *Hans Werhof c. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*, in *Racc.*, 2006, I, 2397.

ottenere, in tal modo, una decisione sulle misure che devono essere adottate a beneficio dei lavoratori ⁽²³⁾.

2.2. La direttiva sui licenziamenti collettivi

Le operazioni di esternalizzazione, implicanti o meno il trasferimento dei contratti di lavoro, spesso determinano il licenziamento di tutti, o parte, dei lavoratori coinvolti in tale operazione. Il diritto comunitario, ispirandosi ai diritti nazionali ⁽²⁴⁾, regola tali licenziamenti garantendo il diritto, allo stesso tempo, di informazione e di consultazione. Si presume che tale consultazione debba portare ad un accordo suscettibile di ridurre il numero dei licenziamenti e/o prevedere le misure del caso.

La direttiva sui licenziamenti collettivi ha per oggetto, prima di tutto, la fissazione di un insieme di regole comuni in materia di procedure di licenziamenti collettivi per motivi economici. Il testo del 1975 (75/129/CEE) ha subito alcune modifiche per effetto della direttiva 92/56/CEE del 24 giugno 1992, poi consolidate nella direttiva 98/59/CE del 20 luglio 1998.

Sulla base del testo dell'originario articolo 100 del Trattato, la direttiva stabilisce le norme minime che tutti gli Stati membri devono rispettare. Così come interpretata dalla Corte di giustizia ⁽²⁵⁾, la nozione di regolazione minima implica la possibilità di una maggiore protezione nazionale. Secondo tale regolazione generale, la direttiva sui licenziamenti collettivi, al pari della direttiva sul trasferimento di imprese, consente agli Stati membri di introdurre delle disposizioni di maggior favore per i lavoratori. All'esito della sua revisione avvenuta nel 1992, la direttiva sui licenziamenti collettivi precisa che tali disposizioni più favorevoli possono avere natura convenzionale ⁽²⁶⁾.

La direttiva 75/129/CEE (ora 98/59/CE) ne delinea il campo d'applicazione e, a tal fine, definisce il concetto di licenziamento alla luce del diritto comunitario. La direttiva prevede una procedura di

⁽²³⁾ J.-M. SERVAIS, *op. cit.*, n. 805, 255.

⁽²⁴⁾ C. SACHS-DURAND (a cura di), *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.

⁽²⁵⁾ C. giust. 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 1996, I, 5755.

⁽²⁶⁾ P. RODIÈRE, *op. cit.*, 376.

consultazione dei rappresentanti dei lavoratori e integra tale consultazione con l'informazione dell'autorità pubblica.

2.2.1. *L'ambito di applicazione della direttiva*

Con l'espressione "licenziamenti collettivi" la direttiva fa riferimento ai licenziamenti dovuti a un motivo economico, vale a dire, che si verificano per una o più ragioni non imputabili al lavoratore. Tali licenziamenti possono essere il risultato di operazioni di esternalizzazione, come ad esempio nel caso di un trasferimento realizzato al di fuori del territorio dell'Unione europea o in quello del rifiuto di un trasferimento effettuato all'interno dello spazio europeo da parte di una parte significativa dei lavoratori interessati.

La direttiva lascia agli Stati membri la possibilità di scegliere, a seconda del periodo, tra diversi criteri quantitativi.

Con riferimento alla prima possibilità, la direttiva si applica agli stabilimenti che occupino tra i 20 e i 100 dipendenti e che prevedano almeno 10 licenziamenti in un periodo di 30 giorni. Dai 100 ai 300 dipendenti, la direttiva si applica se il numero di licenziamenti previsti raggiunge il 10% della forza lavoro in un periodo di 30 giorni. Da ultimo, negli stabilimenti con 300 o più dipendenti, l'applicazione della direttiva è subordinata a perlomeno 30 licenziamenti durante il periodo di riferimento di 30 giorni.

Per quanto riguarda invece la seconda possibilità, la direttiva si applica agli stabilimenti che progettino almeno 20 licenziamenti in un periodo di riferimento di 90 giorni, a prescindere dal numero di lavoratori coinvolti.

Le soglie si fissano nello stabilimento e non nell'impresa. La Corte di giustizia (sentenza *Rockfon*) ⁽²⁷⁾ ha interpretato il concetto di "stabilimento" come «l'unità alla quale sono addetti i lavoratori colpiti da licenziamento per lo svolgimento delle loro mansioni» (punto 32). La Corte aggiunge che non è indispensabile che l'unità abbia una direzione autorizzata a realizzare autonomamente licenziamenti collettivi.

Sono assimilabili al licenziamento, agli effetti della direttiva 98/59/CE, non solo la cessazione anticipata dei contratti a tempo indeterminato, ma

⁽²⁷⁾ C. giust. 7 dicembre 1995, causa C-449/93, *Rockfon A/S c. Specialarbejderforbundet i Danmark, che agisce per conto di Søren Nielsen et al.*, in *Racc.*, 1995, I, 4291.

anche i licenziamenti concordati. Il testo iniziale si riferiva unicamente ai licenziamenti, ma la modifica del 1992 ha ad essi assimilato «altre forme di cessazione del contratto di lavoro per iniziativa del datore di lavoro» (considerando 8), sempre a patto che siano accompagnate da almeno 5 licenziamenti.

Al contrario, sono esclusi dal campo di applicazione della direttiva i licenziamenti dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni o degli organismi di diritto pubblico.

Dopo la revisione del 1992, la direttiva trova applicazione indipendentemente dal fatto che la decisione relativa ai licenziamenti collettivi sia adottata dallo stesso datore di lavoro o da un'impresa che sullo stesso esercita il controllo. L'articolo 2, § 4, aggiunge che il datore di lavoro non può giustificare le proprie inadempienze sulla base dell'argomentazione secondo cui l'impresa che adottò la decisione relativa ai licenziamenti collettivi non gli avesse fornito le informazioni necessarie. Una simile giustificazione non potrebbe essere presa in considerazione, e il datore di lavoro sarebbe in tal caso condannato, con conseguente applicazione della sanzione prevista dal diritto nazionale.

Questa interpretazione estensiva della direttiva è certo un passo nella direzione delle garanzie dei lavoratori, ma non è sufficiente se solo si considera che questi ultimi si trovano spesso isolati in imprese locali, ultimi anelli di una catena di decisioni in cui il vero controllo si trova spesso in un altro Paese, se non addirittura in un altro continente, e che all'internazionalizzazione esponenziale delle imprese non ha fatto seguito una contestuale internazionalizzazione dei sindacati e della loro azione ⁽²⁸⁾. Come si può notare, la direttiva non impone direttamente obblighi a carico dell'impresa dominante, una volta adottata la decisione. Tale astensione ha come obiettivo, secondo quanto stabilito nella proposta di direttiva del 13 novembre 1991, quello di evitare problemi di extraterritorialità ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ C. BONI, *Le volet social des restructurations d'entreprises: évolution de la négociation collective en Allemagne, en France et en Italie*, in *RIT*, 2009, vol. 148, n. 1-2, 75.

⁽²⁹⁾ P. RODIERE, *op. cit.*

2.2.2. L'obbligo di informazione e consultazione dei rappresentanti del personale

Il procedimento di consultazione deve avere inizio a partire dal momento in cui il datore di lavoro ritiene di dover procedere a licenziamenti collettivi, sia che ciò avvenga nell'ambito di un'operazione di esternalizzazione, sia che avvenga nell'ambito di una liquidazione giudiziale, o ancora, di una sospensione degli stipendi (fallimento). Il datore di lavoro ha l'obbligo, in questi casi, di fornire ai rappresentanti del personale «in tempo utile» (esigenza introdotta per effetto della modifica del 1992) «tutte le informazioni utili» e comunicare loro, in ogni caso, per iscritto: i motivi del progetto di licenziamento, il numero e le categorie dei lavoratori coinvolti; il numero e le categorie di lavoratori impiegati abitualmente; il periodo entro il quale è previsto il licenziamento; i criteri presi in considerazione per individuare i lavoratori che verranno licenziati, se le leggi o le prassi nazionali conferiscono al datore di lavoro una competenza in tal senso, e il metodo di calcolo dei possibili indennizzi per licenziamento diversi da quelli previsti dalle leggi o dalle prassi nazionali.

La convocazione di esperti a supporto dei rappresentanti del personale appare ora nella direttiva. Questa, tuttavia, non stabilisce un diritto all'assistenza da parte di un esperto; semplicemente segnala che gli Stati membri «possono disporre» di questa risorsa. Rileva tuttavia sottolineare come in realtà l'intenzione della Commissione andasse oltre, e fosse quella di prevedere un vero e proprio diritto di poter contare sul supporto di un esperto.

La consultazione deve realizzarsi alla luce dell'informazione, fornita «in tempo utile», circa i licenziamenti dei «lavoratori che dovranno essere licenziati». In altri termini, la consultazione precede la decisione. La direttiva definisce anche l'oggetto della consultazione, che deve vertere, da un lato, sull'esistenza di possibili licenziamenti («le possibilità di evitare o ridurre i licenziamenti collettivi»), e dall'altro sulle misure da adottare prima degli imminenti licenziamenti, vale a dire, la possibilità di «attenuarne le conseguenze». Nella versione successiva alla revisione, la direttiva stabilisce (articolo 2, § 2, primo comma) che la consultazione debba avere ad oggetto «misure sociali di accompagnamento intese in particolare a facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati».

La direttiva enfatizza l'obbligo in capo al datore di lavoro di negoziare con i rappresentanti dei lavoratori al fine di giungere a un accordo (articolo 2, § 1) sulle misure per evitare o ridurre al minimo i licenziamenti, o attenuarne le conseguenze. La direttiva prevede che i rappresentanti dei lavoratori possano «formulare proposte costruttive». Ad ogni modo, un dialogo deve comunque instaurarsi.

Il problema è che il dialogo previsto dalla direttiva si instaura soltanto dopo che il progetto di ristrutturazione sia stato deciso, e di conseguenza quel dialogo non potrà che riferirsi ai licenziamenti che verranno realizzati. Ora, poiché le operazioni di ristrutturazione sono divenute pressoché costanti, la necessità di fissare negoziazioni periodiche circa la pianificazione provvisoria del lavoro (come avviene nel diritto francese), o di stabilire negoziazioni derogatorie che garantiscano una maggior flessibilità alle imprese a fronte degli impegni di lavoro, diviene ancor più urgente ⁽³⁰⁾.

Infine, agli Stati membri spetta il compito di vigilare affinché gli obblighi derivanti dalla direttiva vengano rispettati. Pertanto, i lavoratori coinvolti devono poter disporre di «procedure amministrative e/o giurisdizionali per far rispettare gli obblighi previsti dalla presente direttiva» (articolo 6). Dopo la revisione del 1992, la Commissione aveva proposto la creazione di procedimenti che consentissero ai lavoratori o ai loro rappresentanti di ottenere la nullità dei licenziamenti non realizzati nel rispetto degli obblighi di informazione e consultazione previsti dalla direttiva, ma il Consiglio non adottò la proposta.

2.2.3. Il controllo della causa economica del licenziamento da parte dei giudici nazionali: l'esempio del diritto francese

Il tema della qualificazione del motivo economico dei licenziamenti che derivano dal trasferimento di un soggetto economico, o dal trasferimento verso un altro Paese collocato al di fuori dell'Unione europea, non comporta particolari difficoltà. Si tratta di motivi non inerenti alla persona del lavoratore e, per questo, economici.

Ora, le ragioni di un trasferimento possono essere le seguenti:

⁽³⁰⁾ G. BONI, *op. cit.*; M.-A. MOREAU, *Restructuration et comité d'entreprise européen*, EUI Working Paper – Law, 2006, n. 2.

- 1) la conseguenza delle difficoltà economiche che obblighino il datore di lavoro, per mantenere in vita la propria impresa, a chiudere le sedi più costose e a trasferire le sue attività all'estero.
- 2) una soluzione adottata per comodità, per assicurare un considerevole margine di beneficio;
- 3) una misura necessaria al fine di attrarre nuovi clienti in un mercato globalizzato.

Spetterà, di conseguenza, al giudice, determinare se i motivi invocati abbiano natura tale da giustificare i licenziamenti realizzati.

La Corte di cassazione francese ha precisato il modo in cui bisognerebbe valutare le difficoltà economiche quando un'impresa fa parte di un gruppo. Nel caso *Thomson Tubes* del 5 aprile 1995 ⁽³¹⁾, la Cour de cassation ha segnalato che:

se la realtà della sospensione o trasformazione del lavoro o la modifica sostanziale del contratto di lavoro sono esaminate a livello aziendale, le difficoltà economiche devono essere valutate in funzione del settore geografico di pertinenza dell'impresa coinvolta.

Questo criterio è stato confermato successivamente in modo costante, in particolare nel caso *Sprague France* ⁽³²⁾, in cui la Corte ha parimenti affermato che «le difficoltà economiche devono essere valutate a livello del gruppo al quale appartiene l'impresa, e non riducendo il gruppo alle società o imprese collocate sul territorio nazionale».

L'impresa può altresì tentare la via dell'innovazione introducendo nuove tecnologie in modo tale da giustificare determinati licenziamenti collettivi connessi ai trasferimenti. Tale argomentazione, tuttavia, non appare molto appropriata, come è dimostrato dal caso *Lee Cooper* risolto dalla Chambre sociale della Cour de cassation il 13 maggio 2003 ⁽³³⁾. In questo caso, la società *Lee Cooper* cercava di giustificare i licenziamenti a fronte alla necessità, in cui si trovava, di raggruppare l'insieme dei suoi servizi informatici nel Regno Unito, luogo di installazione di un nuovo software. Tale motivazione fu rigettata dalla Cour de cassation, la quale ritenne che il mero cambio di software non potesse considerarsi un'innovazione

⁽³¹⁾ Cass. soc. n. 93-42690, cit.

⁽³²⁾ Cass. Soc. 12 juin 2001, n. 99-41571, *Sprague France*, in *DS*, 2001, n. 9-10, 894-896.

⁽³³⁾ Cass. Soc. 13 mai 2003, n. 00-46766, *Lee Cooper Ltd*, inedita.

tecnologica in sé. L'argomento utilizzato per giustificare i licenziamenti in Francia, in tal caso, si ritorse dunque contro la stessa impresa, poiché i giudici considerarono che, trattandosi di posti di lavoratori informatici, questi ultimi avrebbero perfettamente potuto svolgere le loro attività a distanza, grazie ai moderni mezzi di comunicazione elettronica.

Fu, tuttavia, con il caso *Thomson Tubes* che la giurisprudenza ampliò la lista delle circostanze ammesse per giustificare l'eliminazione di posti di lavoro. La Cour de cassation, al riguardo, ha affermato, nel quadro di riferimento relativo a questo caso, che «quando non legata a difficoltà economiche o a mutamenti tecnologici, una riorganizzazione non può costituire un motivo economico [di licenziamento], salvo che non venga effettuata per salvaguardare la competitività di un settore di attività».

La Corte ha chiarito, in decisioni successive, che non intendeva ammettere qualunque giustificazione al riguardo; deve in effetti trattarsi di una reale salvaguardia della competitività di un'impresa. La competitività deve pertanto essere effettivamente minacciata, poiché i giudici non si accontentano della semplice volontà di migliorare il rendimento delle imprese e «i servizi offerti alla clientela», o di aumentare i guadagni e ridurre i costi ⁽³⁴⁾. La giurisprudenza, dunque, non ammette i licenziamenti per motivi connessi alla competitività dell'impresa.

Questa soluzione non è però ancora stata confermata dal Consiglio di Stato. Tuttavia, una recente risoluzione del Tribunale amministrativo di Parigi ha ammesso la possibilità di giustificare un licenziamento, dovuto a una delocalizzazione, a fronte della necessità di salvaguardare la competitività dell'impresa, anche se in questo caso il tribunale non ha riconosciuto la sussistenza di un motivo sufficiente per autorizzare il licenziamento di un lavoratore protetto ⁽³⁵⁾.

Lo studio della giurisprudenza evidenzia che pochi casi sono oggetto di controversia e che i tribunali, quando invocati, si mostrano estremamente severi con le imprese che tentano di nascondere dietro una delocalizzazione il desiderio di salvaguardia della propria competitività.

⁽³⁴⁾ Cass. Soc. n. 99-41571, cit.

⁽³⁵⁾ Tribunal administratif de Paris 18 mai 2005, n. 0412123/3, in *Semaine Sociale Lamy*, 2005, n. 1224, 13.

2.3. Le direttive sull'informazione e consultazione

È proclamato solennemente nelle norme comunitarie il diritto dei lavoratori di essere informati e consultati sugli avvenimenti dell'impresa che possano incidere sulla loro posizione. Tali sono senza dubbio i progetti di: ristrutturazione, esternalizzazione di attività accessorie, delocalizzazione e subappalto.

Il diritto dei lavoratori di essere informati e consultati rientra tra i diritti fondamentali. Tale diritto compare nella Carta sociale europea (articolo 21), così come nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (punti 17 e 18). La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea segnala all'articolo 27 che «Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali».

Non si tratta dunque semplicemente di proclami politici o programmatici. Il principio è al contrario dotato di una solida base comunitaria ⁽³⁶⁾ che lo rende un principio generale di diritto comunitario.

2.3.1. La direttiva quadro

La direttiva 2002/14/CE «si prefigge di istituire un quadro generale che stabilisca prescrizioni minime riguardo al diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nelle imprese o stabilimenti situati nella Comunità» (articolo 1, § 1). In altri termini, non si applica quando l'operazione di ristrutturazione (delocalizzazione) riguardi un elemento del gruppo collocato al di fuori dell'Unione europea ⁽³⁷⁾.

La direttiva fornisce un quadro di regole minime comuni che tutti gli Stati membri saranno chiamati a rispettare, compresi quelli che, come il Regno Unito, si sono opposti a lungo al riconoscimento dell'esigenza comunitaria di informazione e consultazione. Tuttavia, gli Stati membri possono prevedere disposizioni più favorevoli e la direttiva non deve

⁽³⁶⁾ Il principio è stato consacrato in un numero rilevante di direttive, quali quella sul trasferimento d'azienda, sui licenziamenti collettivi e sul Comitato aziendale europeo (CAE).

⁽³⁷⁾ P. RODIERE, *Le «cadre général» relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise*, in *Semaine Sociale Lamy*, 2002, n. 1098.

fungere da pretesto per abbassare il grado di protezione garantito a livello nazionale.

Partendo dal presupposto delle carenze riscontrate in alcuni Stati membri, l'obiettivo generale perseguito dalla nuova direttiva è quello di assicurare al complesso dei lavoratori della Comunità il beneficio del diritto di essere informati e consultati regolarmente sulla situazione della propria impresa e sulla sua possibile evoluzione, nonché, puntualmente, sulle difficili decisioni che possano interessarli. Il considerando 6 della direttiva riconosce, così, che le decisioni difficili che incidono sui lavoratori continuano a essere prese «senza che fossero state preventivamente osservate procedure adeguate di informazione e consultazione». Ora, dal momento che la Comunità europea promuove l'organizzazione flessibile delle imprese, risulta opportuno prevedere «misure anticipatrici» e di «prevenzione», attraverso non solo un'informazione adeguata, ma anche, e soprattutto, attraverso il dialogo e il consenso ottenuti per reciproca concessione.

La nozione di impresa nel senso della direttiva

La direttiva trova applicazione nelle imprese o negli stabilimenti ubicati nella Comunità. Secondo la definizione (articolo 2, lettera a), per "imprese" si intendono «le imprese pubbliche o private che esercitano un'attività economica, che perseguano o meno fini di lucro, situate sul territorio degli Stati membri». Il carattere particolarmente tautologico di questa definizione trova giustificazione nella necessità di differenziare l'impresa dalla sua scomposizione in stabilimenti, essi stessi definiti come unità produttive stabili ⁽³⁸⁾.

Esclusa per le piccole imprese, l'applicazione delle regole costitutive del quadro generale relativo all'informazione e consultazione dei lavoratori in gruppi di imprese, è ugualmente incerta. Ciò ha del sorprendente se si tiene in considerazione che l'adozione della direttiva riscontrò una significativa accelerazione in occasione del caso *Vilvoorde* che coinvolse il gruppo Renault. La nozione di impresa, tuttavia, è definita in un modo sufficientemente ampio e aperto da potervi ricomprendere anche la nozione di gruppo. Se fosse stata accolta l'inclusione della nozione di

⁽³⁸⁾ Al riguardo, si veda P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, cit., n. 361, 367.

gruppo in quella di impresa, la direttiva quadro avrebbe rappresentato un complemento della direttiva sul Comitato aziendale europeo (CAE) ⁽³⁹⁾ relativa solo alle imprese e gruppi di dimensione comunitaria ⁽⁴⁰⁾.

Ad ogni modo, quando viene adottata una decisione di esternalizzazione in un gruppo di imprese, la direttiva quadro deve garantire che esista un meccanismo di informazione e consultazione a livello delle imprese che fanno parte del gruppo, qualunque sia lo Stato membro in cui l'impresa è stabilita.

La direttiva si applica, per scelta degli Stati membri, alle imprese con più di 50 lavoratori (con riferimento alla Francia) o agli stabilimenti con più di 20 lavoratori (con riferimento alla Germania). Il computo si esegue senza tener conto del numero dei lavoratori impiegati nella Comunità. Pertanto, anche laddove volesse accogliersi l'applicazione della direttiva all'interno dei gruppi di società, le imprese dei gruppi situate al di fuori del perimetro comunitario non sono coinvolte nell'obbligo di informazione e consultazione. Al contrario, sono esclusi dall'applicazione della direttiva i lavoratori ricompresi nell'ambito del diritto nazionale di riferimento. È il caso del diritto francese, in cui i lavoratori sono messi a disposizione di un'impresa utilizzatrice da parte di un'agenzia per il lavoro (L2324-17-1, *Code du travail*).

L'ambito di applicazione materiale della direttiva

L'informazione e consultazione dei lavoratori, indipendentemente dalle modalità, deve obbedire a due principi:

- 1) gli Stati membri devono «adottare tutte le disposizioni necessarie che permettano loro di essere in qualsiasi momento in grado di garantire i risultati imposti dalla presente direttiva» (articolo 11, § 1, della direttiva). L'informazione e consultazione «in tempo utile» è «condizione preliminare del successo dei processi di ristrutturazione e adattamento delle imprese» (considerando 9);
- 2) gli attori interessati, vale a dire il datore di lavoro e i rappresentanti dei lavoratori, «In occasione della definizione o dell'applicazione delle

⁽³⁹⁾ Si veda *infra*.

⁽⁴⁰⁾ P. RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, cit., n. 361-362, 368.

modalità di informazione e di consultazione, [...] operano in uno spirito di cooperazione» (articolo 1, § 3).

La direttiva quadro stabilisce, in modo imperativo, la creazione di meccanismi di informazione e consultazione nell'ambito di imprese che rientrano nel campo di applicazione della direttiva. Si mette così fine alla resistenza di alcuni Stati, come il Regno Unito, che ritenevano che l'esistenza di una rappresentanza del personale dovesse avere carattere volontario e richiedere il consenso del datore di lavoro.

Alla luce di quanto affermato, sorgono dubbi circa la concretezza e portata di questo mandato, posto che viene richiamato il ricorso alla negoziazione degli interlocutori sociali quale meccanismo sussidiario o supplementare in caso di mancanza di un accordo. In effetti, il considerando 23 della direttiva fa riferimento al «ruolo di rilievo» che gli Stati membri possono riconoscere agli attori sociali per «definire in piena libertà, mediante accordo, le modalità di informazione e di consultazione più conformi alle loro necessità e ai loro desideri». Tuttavia, cosa accadrà in caso di mancanza di accordo ancora non è dato sapere, posto che la direttiva quadro non stabilisce regole sussidiarie, e la Corte di giustizia non ha ancora avuto occasione di interpretare le presenti disposizioni.

Per informazione si intende la «trasmissione di dati da parte del datore di lavoro ai rappresentanti dei lavoratori per consentir loro di prendere conoscenza della questione trattata e esaminarla» (articolo 2, lettera f). Per consultazione si intende «lo scambio di opinione e l'instaurazione di un dialogo tra i rappresentanti dei lavoratori e il datore di lavoro» (articolo 2, lettera f). L'informazione e la consultazione riguardano:

- a) l'evoluzione recente e probabile delle attività dell'impresa o del centro di lavoro e della loro situazione economica;
- b) la situazione, la struttura e la possibile evoluzione del lavoro nell'impresa o nel centro di lavoro, così come le eventuali misure preventive previste, specialmente per il caso in cui sia a rischio il lavoro;
- c) le decisioni suscettibili di provocare cambiamenti sostanziali nell'organizzazione del lavoro e nei contratti di lavoro, comprese quelle previste dalle direttive 98/59/CE e 2001/23/CE.

La consultazione si realizza con il fine di giungere a un accordo sulle decisioni che rientrano nel potere di direzione proprio del datore di lavoro. Si tratta, di conseguenza, di una vera e propria negoziazione, la quale, tuttavia, può essere limitata in base ad un accordo, se la legge di recepimento lo consente.

I rappresentanti dei lavoratori devono essere informati e consultati circa l'evoluzione del lavoro «nonché sulle eventuali misure anticipatrici previste», in particolar modo quando sia a rischio il posto di lavoro (articolo 4, § 2, lettera *b*). Pertanto, è doveroso che i rappresentanti dei lavoratori ricevano le informazioni necessarie relative al progetto di esternalizzazione, ristrutturazione o delocalizzazione; che possano esaminare i documenti, dare opinioni, riunirsi e dialogare con la direzione per giungere a un accordo; tuttavia, la direttiva non precisa che tutto ciò debba avvenire prima che la decisione sia adottata. In effetti, sebbene nei considerando della direttiva si faccia riferimento all'espressione «in tempo utile», nel testo si stabilisce che l'informazione e la consultazione debbano avvenire «ad un dato momento, secondo modalità e con un contenuto appropriati». Sembrerebbe possibile, di conseguenza, che, allo stato attuale del diritto comunitario, quando un'impresa europea intenda realizzare un'operazione di ristrutturazione, esternalizzazione o delocalizzazione, possa chiedere ai rappresentanti del personale di approvare una decisione già adottata e di sostenere l'operazione, contribuendo così al buon esito della stessa.

Per quanto riguarda le sanzioni, la proposta di direttiva segnalava che le decisioni adottate violando gravemente gli obblighi di informazione e consultazione, non avrebbero dovuto produrre efficacia giuridica sui contratti e sui rapporti di lavoro. Tale inefficacia avrebbe dovuto perdurare fin quando il procedimento non fosse stato rispettato, o un rimedio adeguato non fosse stato individuato. Tuttavia, il testo della direttiva definitivamente adottato sopprime queste condizioni rinviando ai diritti nazionali, chiamati a garantire l'efficacia dei requisiti comunitari. Nella misura in cui i diritti nazionali possano superare le condizioni minime previste dalla direttiva, il diritto francese stabilisce che «le decisioni del datore di lavoro sono *precedute* dalla consultazione del Comitato Aziendale» (articolo L2323-2, *Code du travail*). In altri termini, la consultazione deve avvenire prima dell'adozione della decisione. Riguardo ai progetti di ristrutturazione, il *Code du travail* stabilisce che «Il Comitato aziendale è sentito con il "sufficiente anticipo" dei progetti di ristrutturazione e di riduzione dell'organico» (articolo L2323-15). Per altro verso, in caso di licenziamento collettivo di almeno 10 lavoratori in un periodo di 30 giorni, il datore di lavoro deve elaborare «un piano di

salvaguardia del lavoro»⁽⁴¹⁾ che ha l'obbligo di sottoporre a consultazione del CAE. Se il datore di lavoro non pone in essere questo procedimento, il licenziamento è nullo, e i lavoratori hanno diritto di chiedere la loro reintegrazione (articolo L1235-11). Da ultimo, il datore deve informare il CAE dei motivi per i quali durante l'anno precedente si è ricorso a prestazioni di lavoro temporaneo, e di quelli per cui, nell'anno successivo, potrebbe doversi ricorrere nuovamente a contratti stipulati con agenzie per il lavoro (articolo L2323-47).

La direttiva sull'impresa europea

L'obiettivo della direttiva 94/45/CE del 22 settembre 1994, relativa alla creazione di un CAE o ad un procedimento di informazione e consultazione nelle imprese e gruppi di dimensione comunitaria, modificata⁽⁴²⁾ dalla direttiva 2009/38/CE del 6 maggio 2009, è quello di «migliorare il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie» (articolo 1, § 1).

In altri termini, il diritto all'informazione e alla consultazione deve estendersi al complesso degli stabilimenti o delle imprese del gruppo situate nella Comunità e ciò indipendentemente dal fatto che la direzione principale dell'impresa o del gruppo sia o meno collocata nella Comunità. Ancora una volta, le imprese dei gruppi situati al di fuori dell'Unione europea non sono vincolate all'obbligo di informazione e consultazione.

⁽⁴¹⁾ Numerosi sono gli Autori che si interrogano circa l'efficacia di questa disposizione, in particolare con riferimento all'ambito dei gruppi di società transnazionali. Al riguardo, si veda G. AUZERO, *Plan de sauvegarde de l'emploi et groupe de sociétés. Illustration de l'ineffectivité de la règle de droit*, in *Semaine Sociale Lamy*, 2009, n. 1416, 6.

⁽⁴²⁾ Modifica effettuata dopo la pubblicazione di uno studio di valutazione. Al riguardo, si veda la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sullo stato di applicazione della direttiva riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (direttiva 94/45/CE del Consiglio, del 22 settembre 1994), COM(2000)188 def., 4 aprile 2000.

Le sole imprese vincolate sono quelle di grandi dimensioni. L'impresa o gruppo deve avere un organico di almeno mille lavoratori all'interno della Comunità e almeno 150 in 2 Stati membri differenti.

L'esercizio di tale diritto impone la creazione di un CAE europeo presso la direzione centrale dell'impresa o del gruppo. Allo stesso modo, può essere sufficiente l'instaurazione di un procedimento di informazione e consultazione. Così, nel rispetto del principio di autonomia collettiva, spetta agli interlocutori sociali nell'impresa o nel gruppo instaurare, mediante un accordo, il comitato o il procedimento di informazione e consultazione. In mancanza di accordo, risulterà obbligatoria la costituzione di un CAE, in applicazione di quanto previsto nella direttiva. Il principio è che tutti i lavoratori dell'impresa impiegati all'interno della Comunità debbano ricevere le informazioni necessarie ed essere consultati sulle decisioni che li possano riguardare, a prescindere dal fatto che la decisione venga poi adottata; al riguardo, non ha importanza che la decisione sia presa nello Stato membro in cui i lavoratori sono impiegati o in altro Stato membro o al di fuori della Comunità. La consultazione è definita nella direttiva come:

l'instaurazione di un dialogo e lo scambio di opinioni tra i rappresentanti dei lavoratori e la direzione centrale o qualsiasi altro livello di direzione più appropriato, nei tempi, secondo modalità e con contenuti che consentano ai rappresentanti dei lavoratori, sulla base delle informazioni da essi ricevute, di esprimere, entro un termine ragionevole, un parere in merito alle misure proposte alle quali la consultazione si riferisce, ferme restando le responsabilità della direzione, che può essere tenuto in considerazione all'interno dell'impresa di dimensioni comunitarie o del gruppo di imprese di dimensioni comunitarie [articolo 2, lettera g, direttiva 2009/38/CE].

Ai sensi delle disposizioni sussidiarie della direttiva, l'informazione e consultazione comprendono: la situazione e probabile evoluzione del lavoro, gli investimenti, i cambiamenti sostanziali che riguardano l'organizzazione, l'introduzione di nuovi metodi di lavoro o di nuovi metodi di produzione, i trasferimenti di produzione, le fusioni, la riduzione della dimensione o la chiusura di imprese, di stabilimenti o di parti rilevanti di essi, e i licenziamenti collettivi.

La competenza del Comitato in materia di informazione e consultazione è transnazionale. Comprende i temi che sono di interesse per il

complesso dell'impresa o del gruppo, ovvero i temi che coinvolgono 2 stabilimenti o imprese situati in 2 Stati membri differenti. Trattandosi di imprese o di gruppi in cui la direzione centrale si trova fuori dallo spazio comunitario, la competenza transnazionale del Comitato si limita alla parte comunitaria dell'impresa o del gruppo ⁽⁴³⁾.

3. Il diritto europeo del subappalto

Il fenomeno del subappalto è molto conosciuto in Europa. Nonostante ciò, ad oggi l'Unione europea non ha intrapreso alcuna iniziativa per disciplinare il fenomeno nella sua interezza. Nella sua comunicazione dal titolo *Libro verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo* ⁽⁴⁴⁾, tuttavia, la Commissione manifesta la sua intenzione di fare quanto necessario per chiarire i diritti e i doveri delle parti coinvolte nelle catene di subappalto, onde evitare di privare i lavoratori della capacità di esercitare efficacemente i propri diritti. Per il momento, solo il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione ⁽⁴⁵⁾ che invoca la definizione di un quadro chiaro circa l'assunzione della responsabilità delle imprese subappaltanti nelle catene del subappalto. È innegabile che il subappalto sia parte integrante dell'attività economica. La globalizzazione ne è il corollario, intendendosi con questa espressione il fatto che una concorrenza sempre più accentuata produca cambiamenti nelle modalità di organizzazione delle imprese, che si manifestano anche in un maggior ricorso al subappalto. La complessità delle relazioni che intercorrono tra gli appaltatori principali e i loro subappaltatori rende più difficile avere una chiara percezione delle diverse strutture, operazioni e politiche, nonché delle responsabilità dei vari soggetti coinvolti nella catena di produzione. Tali cambiamenti hanno prodotto conseguenze di portata considerevole per i rapporti di lavoro, rendendo talora difficile l'individuazione della branca del diritto applicabile alle relazioni con i subappaltatori nella catena di produzione.

⁽⁴³⁾ M.-A. MOREAU, *op. cit.*; C.E. TRIOMPHE, *Restructurations et cadres d'intervention publiques en Europe*, Présentation pour le séminaire de l'IRES, 14 avril 2005, Université Européenne du Travail, 2005.

⁽⁴⁴⁾ COM(2006)708 def., 22 novembre 2006.

⁽⁴⁵⁾ Risoluzione del Parlamento europeo sulla responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione, 2008/2249(INI), 26 marzo 2009.

In alcuni settori, i processi di produzione sono attualmente caratterizzati da una catena di produzione frammentata e comprensiva di funzioni specialistiche o attività particolari che vengono spesso esternalizzate a piccole imprese o a lavoratori autonomi. È questa una situazione che incide sulla contabilità societaria, per effetto della sostituzione dei costi diretti del lavoro con i costi del subappalto, dei servizi o delle forniture documentati mediante fattura o “contratti commerciali di servizi”.

È dato osservare come il subappalto e l’esternalizzazione verso imprese giuridicamente indipendenti, non generino indipendenza. Le società posizionate ai livelli più bassi della catena produttiva – ad eccezione dei subappaltatori specializzati chiamati a svolgere attività ad alto contenuto tecnologico o specialistico – molto spesso non sono nella posizione di poter operare su un piano di parità con le imprese appaltatrici.

Il subappalto, nonostante presenti numerosi aspetti positivi, tra cui ad esempio l’aumento della capacità produttiva, al tempo stesso, però, provoca squilibri economici e sociali tra i lavoratori con il rischio di scatenare una corsa al ribasso delle condizioni di lavoro, situazione che desta non poche preoccupazioni. Il subappalto può essere altresì realizzato da intermediari puri, ad esempio, da società di somministrazione di manodopera e da agenzie per il lavoro. Spesso il subappalto riguarda un solo incarico e i lavoratori sono assunti per questo fine esclusivo. Tali prassi mettono in luce il carattere estremamente instabile e mutevole dell’industria edilizia e di altri settori, sovente caratterizzati da rapporti di lavoro precari. Inoltre, in un contesto transfrontaliero, i problemi legati a tale situazione di precarietà divengono ancor più gravi nel momento in cui, ad esempio, uno o più lavoratori vengano temporaneamente distaccati in uno Stato terzo per adempiere a un contratto commerciale o svolgere una prestazione di servizi. Infine, al di fuori dei confini europei, gli accordi internazionali, sottoscritti con l’intento rendere effettiva la responsabilità delle imprese, servono a ottenere un impegno da parte di quelle imprese europee che abbiano subappaltatori localizzati in Paesi terzi.

3.1. Il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi

Un'impresa europea con sede legale nel territorio di uno Stato membro può subappaltare una parte della propria produzione a un'impresa situata nel territorio di un altro Stato membro o anche al di fuori dei confini europei. Nonostante la libera prestazione di servizi sia garantita dal diritto comunitario ⁽⁴⁶⁾, è prevista la libera circolazione dei lavoratori delle imprese europee prestatrici di servizi. Di conseguenza, un'impresa europea che abbia ottenuto un contratto nel territorio di uno Stato membro, può distaccare temporaneamente il proprio personale per realizzare una prestazione di servizi ⁽⁴⁷⁾.

Il quesito che sorge spontaneo è se il datore dei lavoratori distaccati possa assoggettare gli stessi alle condizioni lavorative del proprio luogo di lavoro o se, viceversa, sia obbligato ad applicare il regime giuridico del Paese ricevente. Il quesito è importante giacché le imprese situate negli Stati membri dell'UE con manodopera più economica, potrebbero eventualmente impiegare il loro personale ad un costo inferiore rispetto a quello più elevato del Paese in cui i propri lavoratori presteranno i servizi. Questa possibilità potrebbe indurre i datori di lavoro dei Paesi in cui i costi salariali sono più alti, a ricorrere sistematicamente a prestatori di servizi situati in Paesi membri dove la manodopera ha un costo minore, in particolar modo in quei settori che richiedono manodopera poco qualificata o senza alcuna qualificazione, come nel settore delle costruzioni.

La Convenzione di Roma (articolo 6) orienta il distacco del rapporto di lavoro in direzione della legge del luogo abituale di lavoro o del luogo dell'appalto. Questa soluzione, che promuove la mobilità intracomunitaria, genera tuttavia una forte pressione al ribasso (dumping sociale).

Le autorità nazionali, e in particolar modo l'ispezione del lavoro francese, al contrario, interpretano il distacco nel senso di imporre alle imprese prestatrici di servizi che operino in un diverso Stato membro, il rispetto

⁽⁴⁶⁾ Art. 49 della Costituzione spagnola o art. 56 del Trattato di Lisbona.

⁽⁴⁷⁾ F. JAULT-SESEKE, *Le détachement*, in *Revue de Droit du Travail*, 2008, 412.

delle leggi e del costo locale della manodopera per il personale distaccato dal proprio Stato ⁽⁴⁸⁾.

In questo contesto, la Corte di giustizia nel caso *Rush Portuguesa* ⁽⁴⁹⁾ ha riconosciuto che il diritto comunitario

non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro [punto 18].

La Corte di giustizia prevedeva così la possibilità, per gli Stati membri, di eliminare i vincoli dell'articolo 6 della Convenzione di Roma e di applicare le prescrizioni imperative della legge del Paese ricevente o di distacco, al posto della legge indicata da quell'articolo.

Il 16 dicembre 1996, le autorità comunitarie adottarono la direttiva 96/71/CE relativa al distacco temporaneo dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi di natura transnazionale. L'obiettivo della direttiva consiste, giustamente, nel rendere obbligatoria l'applicazione, nei confronti dei lavoratori distaccati, delle norme dello Stato ricevente che integrino «un nucleo norme vincolanti ai fini della protezione minima» (considerando 13).

3.1.1. *La nozione di distacco secondo la direttiva 96/71/CE*

La direttiva 96/71/CE si applica alle imprese con sede legale in uno Stato membro le quali, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano lavoratori. In particolare, si riferisce a quelle situazioni in cui un'impresa adotti le seguenti misure transnazionali:

1) distacco di un lavoratore, per conto proprio e sotto la propria direzione nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa di provenienza e il destinatario della prestazione di servizi che in quello Stato membro opera, sempreché esista, durante il

⁽⁴⁸⁾ Si veda P. RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, cit., 547.

⁽⁴⁹⁾ C. giust. 27 marzo 1990, causa C-113/89, *Rush Portuguesa Lda c. Office national d'immigration*, in *Racc.*, 1990, I, 1417.

periodo di distacco, un rapporto di lavoro tra l'impresa di provenienza e il lavoratore; o

2) distacco di un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, sempreché esista, durante il periodo di distacco, un rapporto di lavoro tra l'impresa di origine e il lavoratore; o

3) distacco, in qualità di imprese di lavoro temporaneo o di imprese di somministrazione di manodopera, di un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, sempreché esista, durante il periodo di distacco, un rapporto di lavoro fra l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa di somministrazione di manodopera e il lavoratore.

Il mantenimento del rapporto di lavoro con l'impresa che distacca costituisce un elemento essenziale della definizione di distacco.

Per "lavoratore distaccato" s'intende «il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente» (articolo 2, § 1). Il distacco, pertanto, deve essere limitato nel tempo. Nonostante ciò, dalla direttiva non emerge alcuna limitazione specifica, giacché essa parte dal presupposto secondo cui l'attività si svolga abitualmente nel territorio a partire dal quale si realizza il distacco⁽⁵⁰⁾.

Rispetto al campo di applicazione geografica della direttiva, questa si applica non solo alle imprese stabilite in uno Stato membro, ma anche a quelle situate in Paesi terzi e che non debbano beneficiare di un trattamento più favorevole («Le imprese stabilite in uno Stato non membro non possono beneficiare di un trattamento più favorevole di quello riservato alle imprese stabilite in uno Stato membro», articolo 1, § 4). È per questo motivo che il testo fa riferimento al territorio dello Stato e non allo Stato membro in cui il lavoro si svolge abitualmente e da cui il lavoratore è distaccato⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ J.-Y. KERBOUC'H, *Qu'est-ce qu'une mise à disposition de personnel?*, in *DS*, 2009, n. 5, 530; F. JAULT-SESEKE, *op. cit.*, 412; S. ROBIN-OLIVIER, *La mobilité internationale du salarié*, in *DS*, 2005, n. 5, 495.

⁽⁵¹⁾ Si veda P. RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, cit., 550.

3.1.2. *Il diritto del lavoro applicabile al lavoratore distaccato*

Gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire ai lavoratori distaccati nel loro territorio, indipendentemente dalla legge applicabile al rapporto di lavoro, il rispetto di un nucleo di norme imperative di protezione minima. L'articolo 3 della direttiva definisce la materia delle norme considerate, così come la loro natura:

- a) i periodi massimi di lavoro e i periodi minimi di riposo;
- b) la durata minima delle ferie annuali retribuite;
- c) le tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario (il presente punto non si applica ai regimi integrativi della pensione professionale);
- d) le condizioni per la somministrazione di manodopera, in particolare da parte di agenzie per il lavoro;
- e) la sicurezza, la salute e l'igiene sul lavoro;
- f) i provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani;
- g) la parità di trattamento fra uomo e donna nonché le altre disposizioni in materia di non discriminazione.

Tra le disposizioni garantite ai lavoratori distaccati, quella che presenta maggiori criticità è, senza dubbio, il pagamento del salario minimo, la cui disciplina può derivare non solo dalle disposizioni legali, regolamentari o amministrative, ma anche da quanto convenuto nei contratti collettivi o lodi arbitrali di applicazione generale (articolo 3).

L'articolo 3, § 7, della direttiva offre, per altro verso, la possibilità agli Stati membri di applicare ai lavoratori temporaneamente distaccati sul loro territorio «condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori». L'articolo 3, § 10, invece, autorizza gli Stati membri ad imporre alle imprese nazionali o a quelle di altri Stati condizioni di lavoro e di occupazione relativamente a materie diverse da quelle contemplate in precedenza «laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico». Ciò non toglie, tuttavia, che la Corte di giustizia dell'Unione europea possa fornire un'interpretazione restrittiva della direttiva, considerato che l'assoggettamento del prestatore di servizi all'obbligo di andare oltre le disposizioni minime del Paese ricevente, costituisce una restrizione sproporzionata rispetto alla sua libertà di prestazione di servizi.

L'interpretazione restrittiva della direttiva

Con riferimento specifico alla retribuzione dei lavoratori distaccati, la Corte di giustizia dell'Unione europea, nel caso *Vander Elst* ⁽⁵²⁾, afferma che il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di estendere la loro legislazione, o i contratti collettivi firmati dalle parti sociali con riferimento ai salari minimi, a qualsiasi persona che svolga un lavoro dipendente, sia esso anche di carattere temporaneo, nel loro territorio (punto 23).

Ciò nonostante, nella decisione *Portugaia Construções* ⁽⁵³⁾, la Corte precisa che uno Stato membro può imporre ad un'impresa che distacca lavoratori l'applicazione di un regime salariale minimo «se [...] assicuri la protezione dei lavoratori distaccati» (punto 30). In altri termini, il Paese ricevente non può imporre al prestatore di servizi straniero il rispetto di un salario minimo, se questo non conferisce ai lavoratori distaccati «un vantaggio reale che contribuisce in maniera significativa alla loro tutela sociale» (causa *Finalarte*, punto 42) ⁽⁵⁴⁾. Ciò significa che il lavoratore distaccato non potrà pretendere l'applicazione delle disposizioni che prevedono garanzie minime nel Paese ricevente, se il Paese dal quale è stato distaccato gli garantiva una protezione equivalente.

Dall'altro lato, nella sentenza *Mazzoleni* ⁽⁵⁵⁾, la Corte di giustizia dell'Unione europea invita il giudice nazionale a domandarsi se l'applicazione del salario minimo del Paese ricevente non costituisca una misura sproporzionata, se si considera che i lavoratori distaccati sono obbligati a svolgere, a tempo parziale e in brevi periodi di tempo, una parte del proprio lavoro nel territorio di uno o più Stati. Da ciò deriva che il pagamento del salario minimo del Paese ricevente non è automatico, perché possono entrare in gioco altre condizioni circostanziali.

⁽⁵²⁾ C. giust. 9 agosto 1994, causa C-43/93, *Raymond Vander Elst c. Office des migrations internationales (OMI)*, in *Racc.*, 1994, I, 3803.

⁽⁵³⁾ C. giust. 24 gennaio 2002, causa C-164/99, *Portugaia Construções Lda*, in *Racc.*, 2002, I, 787.

⁽⁵⁴⁾ C. giust. 25 ottobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda*, causa C-49/98, in *Racc.*, 2001, I, 7831, e in *RJS*, 2002, n. 3, 207.

⁽⁵⁵⁾ C. giust. 15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni*, in *Racc.*, 2001, I, 2189.

Nel caso *Rüffert* ⁽⁵⁶⁾, infine, la Corte di giustizia adotta una decisione secondo cui il salario garantito ai lavoratori distaccati è quello che risulta dalla legge, dal regolamento e dal contratto collettivo di applicazione generale, nonché quello risultante da un contratto collettivo speciale, non esteso ad altri lavoratori o appositamente negoziato. Questa interpretazione del contenuto normativo della direttiva era in realtà prevedibile, posto che, nel caso *Laval* ⁽⁵⁷⁾, la Corte di giustizia aveva affermato che la possibilità conferita agli Stati membri di considerare, a beneficio dei lavoratori distaccati, condizioni più favorevoli di quelle previste dalla direttiva non deve essere interpretata come la possibilità, per il Paese ricevente, di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto delle condizioni di lavoro e impiego che vadano oltre le norme imperative di protezione minima.

In altri termini, il lavoratore distaccato non potrà pretendere la retribuzione contrattuale più favorevole che è garantita ai lavoratori nazionali.

La direttiva 96/71/CE garantisce ai lavoratori distaccati il godimento di determinati diritti individuali ed offre la possibilità, per gli Stati membri, di applicare ai lavoratori distaccati qualunque disposizione del Paese ricevente, a condizione che tali disposizioni siano di ordine pubblico. È ciò che avviene ad esempio in Francia, laddove l'articolo L1262-4 del *Code du travail* stabilisce che ai lavoratori distaccati venga applicata la legislazione francese in materia di libertà collettive e diritto di sciopero. Ciò nonostante, è tutt'altro che chiara la rispondenza del diritto francese al diritto comunitario. In effetti, nella sua decisione *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo* ⁽⁵⁸⁾, la Corte di giustizia ritenne che «l'eccezione attinente all'ordine pubblico costituisce una deroga al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi, da

⁽⁵⁶⁾ C. giust. 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, in *Racc.*, 2008, I, 1989; N. MOIZARD, *La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services: un «noyau dur» protecteur?* CJCE 3 avril 2008, *Rüffert*, in *DS*, 2008, n. 7-8, 866.

⁽⁵⁷⁾ C. giust. 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet*, in *Racc.*, 2007, I, 11767, punto 80; S. ROBIN-OLIVIER, E. PATAUT, *Europe sociale ou Europe économique? (à propos des arrêts Viking et Laval)*, in *Revue de Droit du Travail*, 2008, 80-88.

⁽⁵⁸⁾ C. giust. 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo*, in *Racc.*, I, 4323.

intendersi in modo restrittivo e la cui portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri» (punto 30). La Corte conclude, di conseguenza, per la non rispondenza delle disposizioni nazionali nella misura in cui rappresentino un ostacolo alla libera prestazione di servizi.

Il diritto della previdenza sociale applicabile ai lavoratori distaccati

Nell'ambito delle prestazioni di lavoro internazionali, il lavoratore è generalmente soggetto al regime di previdenza sociale del luogo di svolgimento del contratto di lavoro, per cui il lavoratore distaccato dovrebbe, in linea di principio, aderire temporaneamente al regime di previdenza sociale del Paese ricevente. Tuttavia, per evitare duplicazioni o cessazioni dei regimi di previdenza sociale, il regolamento comunitario 1408/1971 stabilisce, in via eccezionale, che, nell'ambito della prestazione temporanea di servizi, il lavoratore rimanga assoggettato al regime di previdenza sociale del Paese di origine. Questo regime di eccezione si applica quando il distacco abbia una durata determinata e non ecceda i 24 mesi ⁽⁵⁹⁾. Pertanto, a condizione che sia regolarmente dichiarato nel proprio Paese di origine, il lavoratore distaccato per un periodo non superiore ai 2 anni, beneficia della copertura sociale del Paese di origine. Di conseguenza, risulta evidente che, quanto più basso sia l'ammontare dei contributi del Paese di origine, tanto più il distacco rappresenti un interesse finanziario per il subappaltante situato nel Paese ricevente. D'altro canto, è innegabile che l'applicazione delle regole di previdenza sociale del Paese di origine costituisca, per i sistemi di previdenza sociale dei Paesi europei maggiormente sviluppati, un venir meno delle entrate ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Art. 12, § 1, del regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, 29 aprile 2004. La rettifica del regolamento è in *GUUE*, 7 giugno 2004, n. L200.

⁽⁶⁰⁾ Si veda A. MATH, *L'envoi de migrants détachés dans le cadre de la libre prestation de service transfrontalière (Quels risques pour les systèmes de protection sociale?)*, in *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 2005, n. 4, 574.

3.2. L'impiego di lavoratori tramite agenzia

L'esternalizzazione, nell'accezione più ampia del termine, può anche riferirsi al lavoro temporaneo o interinale. Invece di assumere lavoratori a tempo indeterminato e assoggettarsi alle vicissitudini del mercato (fluttuazioni della domanda) e soprattutto all'applicazione obbligatoria della legislazione sociale, le imprese europee hanno la possibilità di ricorrere, occasionalmente, o a volte in maniera pressoché costante (industria edilizia, automobilistica e navale), ai servizi delle imprese specializzate nella somministrazione di manodopera, denominate agenzie per il lavoro ⁽⁶¹⁾. Il ricorso a questo tipo di agenzie specializzate nella somministrazione di manodopera, rappresenta un interesse economico innegabile, corroborato dalla possibilità di ricorrere, all'interno dell'Unione europea e nel quadro della libera prestazione di servizi, ad agenzie per il lavoro con sede legale in un altro Stato membro e con costi di manodopera e previdenza sociale più bassi ⁽⁶²⁾.

Allo scopo di porre fine a simili strategie di speculazione a danno dei lavoratori tramite agenzia o interinali, la Commissione, il Parlamento europeo e gli attori sociali, hanno tentato invano, per venticinque anni, di adottare una direttiva sul lavoro tramite agenzia o interinale che garantisse ai lavoratori tramite agenzia condizioni di lavoro eque. Se dalle intenzioni non si è riuscito a passare ai fatti, è a causa delle divergenze insuperabili tra le legislazioni nazionali. Per fortuna, esistono Paesi che riconoscono la sussistenza di un contratto a tempo indeterminato tra il lavoratore tramite agenzia e l'agenzia per il lavoro, e che fanno della differenza di trattamento un vantaggio commerciale (Germania, Olanda, Regno Unito). Al contrario, vi sono Paesi che fanno della parità di trattamento rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato assunti dall'impresa, la contropartita indispensabile della continuità del rapporto di lavoro che lega un lavoratore tramite agenzia all'agenzia per il lavoro (Francia).

Dopo venticinque anni di negoziazioni e di vari tentativi falliti, la direttiva sul lavoro tramite agenzia (2008/104/CE) venne finalmente adottata il 19 novembre 2008 con l'obbligo di essere trasposta nel diritto

⁽⁶¹⁾ N. JOUNIN, *L'illégalité sous-traitée? Les conséquences du recours à des employeurs intermédiaires dans le secteur du bâtiment*, in *DS*, 2007, n. 1, 38.

⁽⁶²⁾ *Supra*, § 3.1, *Il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*.

nazionale di ciascun Paese dell'Unione europea entro il 5 dicembre 2011⁽⁶³⁾.

Nonostante la direttiva avesse come unico obiettivo quello di introdurre misure minime (articolo 9), gli Stati autorizzati ad andare oltre in tema di protezione dei lavoratori interinali, ne rivelano la vera natura, quella, cioè, di essere un compromesso di difficile realizzazione.

3.2.1. Una parità di trattamento ricca di deroghe

Sul presupposto dell'articolo 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale stabilisce che ogni lavoratore «ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose [...], a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite», la direttiva 2008/104/CE prevede, all'articolo 5 (*Principio della parità di trattamento*), § 1, primo comma, che:

Per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, le condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro.

Tuttavia, il principio di parità di trattamento è soggetto a numerose deroghe.

Parità di trattamento e non discriminazione del lavoratore tramite agenzia

Nell'Unione europea, le condizioni minime essenziali di lavoro e occupazione cui ha diritto il lavoratore tramite agenzia sono, secondo la direttiva (articolo 3, § 1, lettera f), quelle

⁽⁶³⁾ Con riferimento all'impatto della direttiva sulle legislazioni nazionali si veda S. ROBIN-OLIVIER, A.C.L. DAVIES, A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, *L'impacte de la directive 2008/104 relative au travail intérimaire sur les droits nationaux*, in *Revue de Droit du Travail*, 2009, n. 12, 737-740; circa le normative interne relative al lavoro temporaneo si veda K. PARENT, *La réglementation du travail intérimaire en Europe*, in *Cah. Jurid. Fisc. Export.*, 1996, 109-124.

condizioni di lavoro e d'occupazione previste da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, da contratti collettivi e/o da altre disposizioni vincolanti di portata generale in vigore nell'impresa utilizzatrice relative a:

- i) l'orario di lavoro, le ore di lavoro straordinario, le pause, i periodi di riposo, il lavoro notturno, le ferie e i giorni festivi;
- ii) la retribuzione.

È possibile da subito sottolineare che, a differenza della direttiva sul distacco (96/71/CE), la direttiva sul lavoro tramite agenzia interinale garantisce ai lavoratori interessati una retribuzione uguale a quella dei lavoratori assunti a tempo indeterminato da parte dell'impresa utilizzatrice, e non un salario minimo come nel caso dei lavoratori distaccati (si veda *infra*, §§ 2.2.2 e 2.2.3). Questa differenza sostanziale nel contenuto delle due direttive assume un rilievo ancor maggiore nella misura in cui la messa a disposizione di lavoratori tramite agenzia può ben avvenire nel quadro di un contratto di prestazioni di servizio transfrontaliere. In tali condizioni, è necessario essere prudenti circa l'interpretazione che darà a tempo debito la Corte di giustizia della Unione europea, e ciò soprattutto in quanto, ai sensi dell'articolo 3, § 2, la definizione di retribuzione è di competenza degli Stati membri:

La presente direttiva lascia impregiudicate le definizioni di retribuzione, contratto di lavoro, rapporto di lavoro o lavoratore, contenute nella legislazione nazionale.

Gli Stati membri non escludono dall'ambito d'applicazione della presente direttiva i lavoratori, i contratti o i rapporti di lavoro unicamente per il fatto che riguardano lavoratori a tempo parziale, lavoratori a tempo determinato o persone che hanno un contratto o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale.

Pertanto, è sufficiente che uno Stato membro, come il Regno Unito, assegni un'accezione restrittiva alla nozione di retribuzione per far fallire l'obiettivo comunitario.

La parità di trattamento dei lavoratori tramite agenzia implica che gli stessi non siano oggetto, presso l'impresa utilizzatrice, di un trattamento discriminatorio per ragioni di sesso, razza, etnia, religione, condizioni di disabilità, età o tendenze sessuali (articolo 5, § 1, secondo comma, lettera b). Si potrebbe addirittura aggiungere «né in virtù della precarietà della

propria situazione». Ciò nonostante, l'articolo 6 fissa il diritto dei lavoratori tramite agenzia ad essere informati dei posti vacanti nell'impresa utilizzatrice, in modo tale da consentir loro di poter aspirare ad un posto a tempo indeterminato. Si stabilisce altresì il diritto di accedere alle strutture collettive (mense, infrastrutture d'accoglienza dell'infanzia) e alla formazione insieme ai lavoratori dell'impresa utilizzatrice.

Tuttavia, con riguardo ai regimi professionali di previdenza sociale, compresi i regimi pensionistici, di malattia e di partecipazione finanziaria, la direttiva non garantisce la parità di trattamento per i lavoratori tramite agenzia. Secondo il disposto dell'articolo 5, § 4, secondo comma, spetta agli Stati membri decidere se detti regimi vadano ricompresi nelle condizioni minime essenziali di lavoro e d'occupazione. In altri termini, in mancanza di norme nazionali o convenzionali più favorevoli, non è possibile per i lavoratori tramite agenzia accedere al regime di sicurezza e previdenza sociale applicato nell'impresa utilizzatrice⁽⁶⁴⁾.

Le deroghe al principio di parità di trattamento

La direttiva 2008/104/CE prevede tre tipi di deroghe al principio di parità di trattamento. In primo luogo, gli Stati membri potranno, previa consultazione delle parti sociali, prevedere delle deroghe al principio di parità di trattamento nei casi in cui i lavoratori ceduti da un'agenzia per il lavoro alla quale sono vincolati in virtù di un contratto a tempo indeterminato, continuino a essere retribuiti nel periodo che intercorre tra una missione e l'altra (articolo 5, § 2). Questa deroga, subordinata a una semplice consultazione delle parti sociali, è senza dubbio la meno dannosa.

In secondo luogo, gli Stati membri possono, dopo aver consultato gli interessati, delineare un quadro generale per la contrattazione derogatoria che consenta la negoziazione, ai giusti livelli, di contratti collettivi suscettibili di stabilire condizioni di lavoro diverse, garantendo pur sempre una protezione complessiva ai lavoratori (articolo 5, § 3).

⁽⁶⁴⁾ CH. WILLMANN, *Statut du Travailleur intérimaire migrant détaché*, in *Lexbase Hebdo*, 2007, n. 257.

Infine, a condizione che sia garantito ai lavoratori tramite agenzia un livello adeguato di protezione, è possibile, previa consultazione delle parti sociali a livello nazionale e sulla base di un accordo concluso tra le stesse, differire l'inizio dell'accesso al trattamento paritario (articolo 5, § 4). È chiaro che quest'ultima possibilità fu introdotta per soddisfare gli inglesi, la cui posizione era quella di non voler garantire la parità di trattamento ai lavoratori tramite agenzia, se non dopo un periodo di dodici settimane. A tal fine, tuttavia, sarà necessaria la firma di un accordo con il Trade Union Congress (TUC), passaggio che allo stato attuale si rivela di difficile attuazione ⁽⁶⁵⁾.

3.2.2. *I diritti collettivi dei lavoratori tramite agenzia*

La direttiva garantisce ai lavoratori tramite agenzia interinale una rappresentanza collettiva. Ai sensi dell'articolo 7, § 1, i lavoratori ceduti dalle agenzie per il lavoro vanno tenuti in considerazione, alle condizioni stabilite dagli Stati membri, per il calcolo della soglia a partire dalla quale risulta obbligatorio costituire, all'interno delle agenzie per il lavoro, gli organi rappresentativi dei lavoratori previsti dalla normativa comunitaria e nazionale o dai contratti collettivi.

Nel diritto francese, all'articolo L2314-17 del *Code du travail* si legge che i lavoratori tramite agenzia hanno bisogno di almeno 3 mesi di anzianità per essere elettori, e di almeno 6 mesi di anzianità per essere eleggibili in un'agenzia per il lavoro.

Tali condizioni si calcolano sommando i periodi durante i quali tali lavoratori sono stati vincolati alle citate agenzie in virtù di contratti di lavoro tramite agenzia negli ultimi dodici o diciotto mesi, a seconda che si tratti di elettorato o di eleggibilità. Quest'arco temporale si riduce a sei mesi nel caso di creazione di un'impresa o di apertura di uno stabilimento.

Al § 2 dell'articolo 7 della direttiva 2008/104/CE si stabilisce che:

⁽⁶⁵⁾ A.C.L. DAVIES, *La mise en oeuvre de la directive sur le travail temporaire au Royaume-Uni*, in *Revue de Droit du Travail*, 2009, n. 12, 743-747.

Gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere, alle condizioni da essi definite, che i lavoratori tramite agenzia interinale siano presi in considerazione, in un'impresa utilizzatrice, come lo sono o lo sarebbero i lavoratori direttamente impiegati dall'impresa medesima per lo stesso periodo di tempo, per il calcolo della soglia sopra la quale si possono costituire gli organi rappresentativi dei lavoratori previsti dalla normativa comunitaria e nazionale e dai contratti collettivi.

Ciò nonostante, il diritto francese stabilisce che «nel caso di lavoratori ceduti [...] per essere elettore è necessario aver trascorso dodici mesi continuativi nell'impresa utilizzatrice; per essere eleggibile, invece, sono necessari ventiquattro mesi» ⁽⁶⁶⁾. I lavoratori direttamente assunti dall'impresa utilizzatrice devono avere alle spalle 3 mesi di anzianità per essere elettori, e un anno per essere eleggibili. In altre parole, i termini del diritto francese non sembrano, almeno a prima vista, essere conformi al diritto comunitario giacché quest'ultimo stabilisce una condizione di anzianità più rilevante per i lavoratori tramite agenzia interinale.

Infine, l'articolo 8 stabilisce che l'impresa utilizzatrice debba fornire informazioni adeguate sul ricorso a lavoratori tramite agenzia all'interno dell'impresa all'atto della presentazione dei dati sulla propria situazione occupazionale agli organi rappresentativi dei lavoratori, istituiti conformemente alla normativa comunitaria e nazionale. Nel diritto francese, nelle imprese con almeno 300 dipendenti, il datore di lavoro è tenuto a fornire annualmente al Comitato d'impresa le informazioni riguardanti le ragioni che l'hanno condotto, nell'anno precedente, a ricorrere ai servizi offerti da un'agenzia per il lavoro (articolo L2323-47, *Code du travail*). Il Comitato d'impresa, quando venga a conoscenza di fatti da cui emerga un utilizzo abusivo dei contratti di lavoro tramite agenzia ovvero un aumento significativo del numero di lavoratori con contratti di lavoro temporaneo, può ricorrere all'ispettore del lavoro (articolo L2323-17).

3.2.3. Conclusioni sul lavoro tramite agenzia

La direttiva non perde l'occasione di ricordare che:

⁽⁶⁶⁾ Art. L2314-18-1C del *Code du travail* così come modificato dalla l. n. 2008-789 del 20 agosto 2008.

Il lavoro tramite agenzia interinale risponde non solo alle esigenze di flessibilità delle imprese ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti. Contribuisce pertanto alla creazione di posti di lavoro e alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato [considerando 11] ⁽⁶⁷⁾.

Il profilo della qualità di questo tipo di lavori non è evidentemente preso in considerazione e si stabilisce che:

I divieti o le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni d'interesse generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi [articolo 4].

Queste condizioni devono essere riesaminate entro il 5 dicembre 2013, così come la stessa direttiva (articolo 12). Che altro serve per convincersi di quanto incerto sia il futuro della direttiva sul lavoro tramite agenzia?

3.3. Il lavoro autonomo in Europa

Il contratto di lavoro non è mai stato l'unico modo che le persone hanno a disposizione per svolgere la propria attività lavorativa (né il solo modo di lavorare è quello del lavoro subordinato). Numerosi contratti civili o commerciali, infatti, hanno ad oggetto la realizzazione di un lavoro in cambio di una retribuzione. La storia dell'ultimo secolo è stata caratterizzata dal continuo sviluppo del lavoro subordinato e dalla relativa diminuzione del numero di lavoratori autonomi. Nella maggior parte dei Paesi, questo fenomeno è stato alimentato dallo sviluppo dei diritti sociali legati alla qualità del lavoro subordinato, in particolar modo in materia di previdenza sociale. La legge e la giurisprudenza hanno cercato di estendere il campo della protezione sociale attraverso tecniche

⁽⁶⁷⁾ Si vedano la Strategia di Lisbona 2000, l'Agenda per la politica sociale 2006-2010 e la comunicazione della Commissione del 27 giugno 2007, *Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, COM(359)2007 def.

di assimilazione al lavoratore subordinato e alla protezione di cui quest'ultimo gode. Ciò nonostante, sembra che la crisi dell'occupazione e i nuovi tipi di gestione contribuiscano ad alimentare il movimento opposto, quello, cioè, del ritorno al lavoro autonomo rispetto al lavoro dipendente.

Il lavoro autonomo cresce nel settore dei servizi a beneficio delle imprese che esternalizzano alcune delle loro funzioni. Nei luoghi in cui si sviluppa, esso può rispondere a due strategie:

a) svalutare il lavoro, laddove il ricorso al lavoro autonomo venga utilizzato per espellere dal diritto del lavoro quei lavoratori spesso poco qualificati o che si trovano in una situazione di precarietà. In questa ipotesi, la strategia si presenta come una forma, eventualmente fraudolenta, di deregolamentazione, vale a dire, un mero espediente attraverso cui l'utilizzatore di questa manodopera autonoma si sottrae agli obblighi che gravano sulle imprese concorrenti, in particolare modo con riferimento ai costi della previdenza sociale;

b) contrariamente all'ipotesi precedente, può essere invece una strategia di valorizzazione del lavoro, laddove l'uso del lavoro autonomo liberi le capacità d'innovazione e di adattamento dei lavoratori realmente autonomi e altamente qualificati ⁽⁶⁸⁾.

In considerazione del fatto che il lavoro autonomo si sviluppa in tutti i Paesi europei, risulta necessario riconoscergli uno status di protezione al fine di scongiurarne la svalutazione. Accade di frequente, infatti, che lavoratori giuridicamente autonomi siano economicamente subordinati in relazione alla loro unica o principale occupazione ⁽⁶⁹⁾. Ciò non vuol dire che nel diritto comunitario non esista una definizione comune sull'attività autonoma, o, ancor di più, uno status di lavoratore autonomo (*infra*, § 3.3.1). Pertanto è importante fare riferimento ai diritti nazionali (*infra*, § 3.3.2).

⁽⁶⁸⁾ Si veda A. SUPLOT (a cura di), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, 1999, 29.

⁽⁶⁹⁾ P.-H. ANTONMATTEI, J.-H. SCIBERRAS, *Le travailleur économiquement dépendant: quelle protection?*, in *DS*, 2009, n. 2, 221-233; E. PESKINE, *Entre subordination et indépendance: en quête d'une troisième voie*, in *RDT*, 2008, n. 6, 371-377; P. LOKIEC, *Le travailleur et l'actif*, in *DS*, 2009, n. 11, 1017-1024.

3.3.1. *Il lavoro autonomo: una nozione sprovvista di definizione e di status comunitario*

Il Trattato di Roma ha cercato di promuovere la libera circolazione dei lavoratori all'interno di un mercato comune a prescindere dal fatto che svolgano un'attività subordinata o autonoma. Così, in base all'articolo 39 del Trattato (ora divenuto l'articolo 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) si stabilisce che:

1. La libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione è assicurata.
2. Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro.
3. [...] essa importa il diritto:
 - a) di rispondere a offerte di lavoro effettive;
 - b) di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri [...].

Tali disposizioni sono state completate da quelle degli articoli 52-58 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea riguardanti il diritto di stabilimento dei lavoratori autonomi. È inutile cercare, in queste disposizioni, una definizione di lavoratore autonomo nell'accezione comunitaria. Ciò nonostante, continua la diffusione del lavoro autonomo: oggi, in Europa, un lavoratore su 6 è autonomo ⁽⁷⁰⁾.

Solo la giurisprudenza comunitaria, facendo riferimento al lavoro subordinato, nel caso *Lawrie-Blum* ⁽⁷¹⁾ sancisce che «la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione» (punto 17). Dalla giurisprudenza comunitaria si deduce poi l'applicabilità del regolamento comunitario sul coordinamento dei sistemi di previdenza sociale, tanto al lavoratore propriamente detto, quanto al lavoratore autonomo che sia però assimilato a un dipendente,

⁽⁷⁰⁾ C.E. TRIOMPHE, *L'essor du travail indépendant en Europe – un défi pour le droit du travail*, Astrees, 2008, in www.astrees.org.

⁽⁷¹⁾ C. giust. 3 luglio 1986, causa 66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, in *Racc.*, 1986, I, 2121.

nella misura in cui le disposizioni di un regime di previdenza sociale si estendono a una categoria di persone diversa da quella del lavoratore subordinato indipendentemente dalle forme o modalità previste dal legislatore nazionale. In altre parole, dunque, il diritto comunitario, come quelli nazionali, procede secondo il metodo dell'assimilazione.

3.3.2. Il lavoro autonomo visto nell'ottica dei diritti nazionali

Tra gli Stati membri dell'Unione europea, ve ne sono alcuni che promuovono l'uso del lavoro autonomo senza però riconoscergli le garanzie proprie di un regime di protezione (Francia), mentre altri (come Spagna, Italia o Germania), recentemente o già da tempo, hanno definito un regime speciale per proteggere i lavoratori autonomi in generale, e in particolare quelli economicamente dipendenti.

Il lavoro autonomo secondo il diritto francese

In Francia, a partire dalla decisione della Chambre civile della Cour de cassation del 6 luglio 1931, si ritiene che la situazione giuridica di un lavoratore nei confronti della persona per cui lavora, non può essere il risultato della debolezza o della dipendenza economica del lavoratore stesso, bensì deve necessariamente risultare da un contratto tra le parti. Tuttavia, la qualità di dipendente necessariamente implica l'esistenza di una relazione giuridica di subordinazione del lavoratore rispetto alla persona che lo assume.

Quanto premesso non preclude la dipendenza economica anche di determinati lavoratori che si considerano autonomi, e ciò in quanto l'assunzione con un contratto di appalto o di subappalto (stazione di servizio, hotel) produce uno squilibrio contrattuale che richiede una protezione giuridica particolare dato che, in assenza di uno statuto speciale, il lavoratore economicamente dipendente non gode né della protezione del regime di subordinazione né dell'indipendenza economica, dovendo infatti essere al servizio del proprio subappaltante. Nello specifico, non sono coperti due rischi: la disoccupazione, e il rischio di infortuni sul posto di lavoro. La ragione alla base della mancanza di una protezione contro il rischio di disoccupazione risiede

nella natura convenzionale dell'assicurazione di disoccupazione, dalla quale sono esclusi, per questo, i lavoratori privi di un contratto di lavoro. Il motivo alla base dell'esclusione dei lavoratori autonomi dai benefici previsti dalla legislazione in tema di infortuni sul lavoro è invece legato all'obbligo generale di sicurezza che grava sul datore di lavoro, obbligo che la Corte di cassazione francese considera di risultato ⁽⁷²⁾.

Per risolvere questa situazione di squilibrio, il legislatore francese ha spesso proceduto per assimilazione, caso per caso, ritenendo che, a fronte della mancanza di una subordinazione giuridica vera o sufficientemente chiara, si dovrà tenere in considerazione la dipendenza economica per presumere l'esistenza di un contratto di lavoro. È questo il caso dei lavoratori a domicilio (L7411-1), degli agenti di vendita o dei venditori (L7313-1), dei direttori di succursali (L7321-1) o dei giornalisti (L7112-1), degli artisti (L7121-3), dei modelli (L7123-3) ai quali il diritto francese applica, per assimilazione, il regime di protezione dei subordinati (riposi per malattia, ferie, indennizzo per licenziamento).

Tuttavia, più aumentano le situazioni di dipendenza economica, più la tecnica della legislazione specifica perde di credibilità ed efficacia.

Per questa ragione, il Ministero del lavoro commissionò ai Professori Antonmattéi e Sciberras l'elaborazione di un rapporto che suggerisse alcune misure atte a proteggere in maniera effettiva la figura del lavoratore economicamente dipendente ⁽⁷³⁾.

La legge di modernizzazione dell'economia del 4 agosto 2008 ⁽⁷⁴⁾ ha introdotto un nuovo regime, quello dell'imprenditore individuale (auto-imprenditore) con l'obiettivo specifico di sostenere la lotta contro la disoccupazione e stimolare la crescita e il potere d'acquisto. Tuttavia, questo regime, dotato di alcuni vantaggi fiscali e facilmente applicabile (posto che poche sono le procedure da doversi osservare) non è accompagnato da un regime sociale e di misure di protezione in tema di disoccupazione e rischi sul lavoro. L'auto-imprenditore francese si presume come autonomo ⁽⁷⁵⁾ e continua ad essere esposto alle dinamiche altalenanti del mercato e alla volontà del suo subappaltante. Mentre il

⁽⁷²⁾ J. BARTHELEMY, *Les régimes de travailleurs indépendants*, in *DS*, 2009, n. 3, 343.

⁽⁷³⁾ P.-H. ANTONMATTÉI, J.-H. SCIBERRAS, *op. cit.*

⁽⁷⁴⁾ L. n. 2008-776.

⁽⁷⁵⁾ Art. L8221-6-1C.

Ministro celebra il suo successo ⁽⁷⁶⁾, vari autori sollevano delle criticità circa i pessimi effetti di questo regime che facilita, tra le altre cose, la trasformazione dei lavoratori più deboli in auto-imprenditori ⁽⁷⁷⁾.

Il lavoro autonomo secondo il diritto spagnolo

Dal luglio 2007 ⁽⁷⁸⁾ la Spagna ha una nuova legge sul lavoro autonomo. Più precisamente, ha creato un «regime del lavoratore autonomo» e «un regime del lavoratore economicamente dipendente». Questi termini hanno un loro peculiare significato giacché la Spagna, a seguito della transizione democratica, approvò l'*Estatuto de los Trabajadores* e, accanto ad esso, un regime del lavoratore autonomo. Di conseguenza, tanto il lavoratore autonomo quanto il lavoratore economicamente dipendente non sono soggetti alla legislazione sul lavoro (disposizione finale dell'*Estatuto de los Trabajadores*) in quanto soggetti piuttosto all'*Estatuto del Trabajo Autónomo* che è contenuto nella legge n. 20/2007 dell'11 luglio.

L'esposizione dei motivi della legge in oggetto cerca, da un lato, di chiarire la differenza tra il rapporto commerciale – quello cioè esistente tra il lavoratore autonomo e il suo cliente – e la rapporto retributivo; dall'altro, mira a garantire ai lavoratori autonomi un certo numero di diritti individuali e collettivi, e, indirettamente, di promuovere l'attività autonoma.

⁽⁷⁶⁾ Nell'arco dei primi 8 mesi del 2009, sono state create oltre 300 mila "auto-imprese", secondo alcune statistiche dell'Institut national de la statistique et des études économiques (Insee) apparse il 22 settembre 2009.

⁽⁷⁷⁾ Si veda N. LEVRATTO, E. SERVERIN, *Entre entrepreneur de soi-même après la loi du 4 août 2008: les impasses d'un modèle productif individuel*, in *Revue Internationale de Droit Économique*, 2009, n. 3, 325-352; M.A. REYGROBELLET, *L'«auto-entrepreneur»: vers un statut de l'activité indépendante*, in *Revue Lamy – Droit des Affaires*, 2009, n. 36, 77-86.

⁽⁷⁸⁾ L. n. 20/2007.

Il regime del lavoratore autonomo

Esistono tre categorie di garanzie a beneficio dei lavoratori autonomi, siano essi economicamente dipendenti o meno ⁽⁷⁹⁾. Queste tre categorie sono:

1) una protezione contro la discriminazione. Il regime del lavoratore autonomo consente la trasposizione di tutte le direttive europee relative alla discriminazione sui luoghi di lavoro, ad ogni tipo di lavoratore e non solamente a quelli subordinati. Nel medesimo testo, la legge stabilisce il diritto dei lavoratori autonomi di poter conciliare la propria vita lavorativa con quella personale e familiare, per quanto riguarda in particolare sia la durata della giornata di lavoro, sia la durata massima della stessa;

2) la protezione contro i rischi sul luogo di lavoro si estende anche ai lavoratori autonomi. All'amministrazione del lavoro è affidata la responsabilità di assicurarsi che i lavoratori autonomi ricevano la stessa protezione dei lavoratori subordinati in materia di rischi professionali. Inoltre, quando il lavoratore autonomo presta i propri servizi nei locali dell'impresa utilizzatrice, la responsabilità in materia di salute e sicurezza grava su quest'ultima, pena il risarcimento del danno sofferto. Infine, la legge riconosce a tutti i lavoratori (autonomi e non) il diritto ad interrompere la propria prestazione in caso di rischio grave e imminente per la salute;

3) garanzie finanziarie. La legge rafforza la protezione della casa abitativa del lavoratore autonomo, senza però giungere all'estremo di renderlo esente da responsabilità, quando lo stesso sia chiamato a rispondere con il proprio patrimonio delle perdite connesse alla propria attività professionale. A beneficio dei lavoratori autonomi, la legge ha poi introdotto un'azione diretta, nei confronti del proprietario, per il pagamento dei loro "onorari", quando la loro attività venga esercitata al servizio di un appaltatore o subappaltatore ⁽⁸⁰⁾.

In materia di diritti collettivi, la legge spagnola garantisce ai lavoratori autonomi:

⁽⁷⁹⁾ F. VALDES DAL-RE, O. LECLERC, *Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du Statut du travail autonome espagnol*, in *Revue de Droit du Travail*, 2008, n. 5, 296.

⁽⁸⁰⁾ C.E. TRIOMPHE, *L'essor du travail indépendant en Europe – un défi pour le droit du travail*, cit.; P.-H. ANTONMATTEI, J.-H. SCIBERRAS, *op. cit.*; F. VALDES DAL-RE, O. LECLERC, *op. cit.*

- il diritto di aderire liberamente ad un'organizzazione sindacale o ad un'organizzazione datoriale a propria scelta;
- il diritto di creare e aderire ad associazioni professionali (che non godono delle stesse prerogative delle organizzazioni sindacali). Se queste associazioni sono riconosciute come rappresentative (sulla base di criteri diversi da quelli applicati alle organizzazioni sindacali "classiche"), hanno il diritto di essere consultate dai poteri pubblici quando questi ultimi intendano realizzare azioni che producano ripercussioni sul lavoro autonomo;
- il diritto di stipulare accordi «di interesse professionale» raggiunti tra le associazioni professionali dei lavoratori autonomi o dei lavoratori economicamente dipendenti.

Questi contratti possono stabilire le condizioni di lavoro e sono vincolanti per le parti. Di conseguenza, le condizioni contrattuali contrarie all'accordo collettivo saranno considerate nulle dal momento in cui il lavoratore autonomo si sia affiliato ad una organizzazione firmataria dell'accordo collettivo e abbia dato il suo consenso all'applicazione dello stesso.

Ciò nonostante, è opportuno segnalare che nell'esposizione dei motivi della legge n. 20/2007, l'intenzione del legislatore era quella di far prevalere l'autonomia delle volontà sull'accordo di interesse professionale. Pertanto, sebbene l'articolo 13 della legge riconosca l'eventuale esistenza di un accordo di interesse professionale, la stessa legge garantisce a quest'ultimo un'efficacia limitata, giacché ne restringe l'applicazione ai firmatari e ai rispettivi membri. Non si tratta di un trasferimento della contrattazione collettiva a questo tipo di rapporto.

Il regime del lavoratore autonomo economicamente dipendente

Alle disposizioni precedentemente menzionate si aggiunge una serie di misure che riguarda unicamente i lavoratori economicamente dipendenti e che avvicina diritti di questi ultimi a quelli dei lavoratori subordinati. Nella legge spagnola, il lavoro economicamente dipendente è così definito:

i lavoratori economicamente dipendenti sono quelli che realizzano un'attività economica o professionale con scopo di lucro e in forma abituale, personale, diretta e predominante in favore di una persona fisica o giuridica, denominata cliente, da cui dipendono economicamente per il

fatto di percepire, almeno, il 75 per cento delle entrate derivanti dai risultati del proprio lavoro e delle attività economiche o professionali ⁽⁸¹⁾.

Le seguenti condizioni devono essere soddisfatte per poter beneficiare del regime di lavoratore economicamente dipendente:

- non avere a carico lavoratori subordinati, né dare in appalto o in subappalto, in tutto o in parte, l'attività economica;
- disporre di materiali propri e di una infrastruttura produttiva diversa da quella del cliente;
- sviluppare la propria attività secondo criteri organizzativi propri, pur rispettando le indicazioni tecniche di carattere generale che possono essere fornite dal cliente;
- percepire una controprestazione economica in funzione del risultato della propria attività, conformemente a quanto pattuito con il cliente, assumendosi i rischi di tale attività;
- infine, il contratto che vincola il lavoratore autonomo al cliente deve espressamente menzionare la qualità di lavoratore economicamente dipendente.

Dal momento in cui vengono soddisfatte tali condizioni:

- 1) il lavoratore economicamente dipendente ha diritto a interrompere la propria per 18 giorni lavorativi nel corso dell'anno, il che non impedisce che tale regime possa essere migliorato mediante contratto tra le parti o accordi di interesse professionale. Attraverso il contratto individuale o accordo di interesse professionale viene fissato il regime di riposo settimanale e quello dei giorni festivi, della durata massima della giornata lavorativa e, nel caso in cui quest'ultima venga calcolata per mese o anno, della sua distribuzione settimanale;
- 2) lo svolgimento dell'attività per un tempo superiore a quello pattuito nel contratto è volontario, non potendo, in ogni caso, superarsi l'aumento massimo stabilito mediante accordo di interesse professionale. In assenza di accordo di interesse professionale, l'aumento non può eccedere il 30% del tempo normale dell'attività concordato individualmente;
- 3) si cercherà di adattare l'orario di lavoro in modo tale da rendere possibile al lavoratore economicamente dipendente conciliare la propria vita privata e familiare con quella professionale.

⁽⁸¹⁾ L. n. 20/2007.

Il rapporto contrattuale tra le parti si estingue al verificarsi di una delle seguenti circostanze:

- 1) mutuo consenso tra le parti;
- 2) cause validamente inserite nel contratto, salvo che le stesse costituiscano un evidente abuso di diritto;
- 3) morte, pensionamento o invalidità incompatibili con l'attività professionale, in conformità con quanto stabilito dalla legislazione di previdenza sociale;
- 4) recesso da parte del lavoratore autonomo economicamente dipendente, nel rispetto dell'obbligo di preavviso stabilito nel contratto o quello conforme agli usi e ai costumi;
- 5) volontà del lavoratore economicamente dipendente, sulla base di un grave inadempimento contrattuale compiuto dalla controparte;
- 6) volontà del cliente per una giusta causa, nel rispetto dell'obbligo di preavviso stabilito nel contratto o quello conforme agli usi e ai costumi;
- 7) per decisione della lavoratrice autonoma economicamente dipendente che si veda obbligata a recedere dal rapporto contrattuale in conseguenza di una discriminazione di genere di cui è stata vittima;
- 8) quando la risoluzione del contratto si verifichi per volontà di una delle due parti a causa di un inadempimento contrattuale dell'altra, la parte che recede dal contratto avrà diritto a ricevere il relativo risarcimento per i danni subiti;
- 9) quando la risoluzione del contratto si realizzi per volontà del cliente senza giusta causa, il lavoratore autonomo economicamente dipendente avrà diritto a ricevere il risarcimento di cui al punto precedente;
- 10) se la risoluzione si verifica per recesso del lavoratore autonomo economicamente dipendente, anche se nel rispetto dell'obbligo di preavviso previsto, il cliente potrà essere risarcito nel caso in cui detto recesso gli abbia causato un danno rilevante, tale da bloccare od ostacolare il normale svolgimento della sua attività;
- 11) quando la parte che ha il diritto al risarcimento è il lavoratore autonomo economicamente dipendente, l'ammontare del risarcimento sarà quello stabilito nel contratto individuale o nell'accordo di interesse professionale che risulti applicabile. Nel caso in cui detto importo non sia stato fissato, per determinarlo si prenderanno in considerazione, tra gli altri fattori, il tempo rimanente previsto dalla durata del contratto, la gravità dell'inadempimento del cliente, gli investimenti e le spese anticipate dal lavoratore autonomo economicamente dipendente relative

allo svolgimento dell'attività professionale oggetto del contratto, e il tempo di preavviso dato dal cliente rispetto alla data di estinzione del contratto.

Si considerano ipotesi di giusta causa di interruzione dell'attività da parte del lavoratore economicamente dipendente:

- 1) mutuo consenso tra le parti;
- 2) la necessità di rispondere a responsabilità familiari urgenti, sopravvenute, e imprevedibili;
- 3) il rischio grave e imminente per la vita o la salute del lavoratore autonomo;
- 4) incapacità temporanea, maternità o paternità;
- 5) la situazione di violenza di genere, a fronte della quale la lavoratrice autonoma economicamente dipendente faccia ricorso al proprio diritto alla protezione o all'assistenza sociale completa;
- 6) forza maggiore;
- 7) attraverso il contratto o l'accordo di interesse professionale potranno stabilirsi altre cause di interruzione dell'attività professionale per giusta causa.

Il regime del lavoratore autonomo nel diritto tedesco

Il diritto tedesco ha esteso l'ambito di applicazione del diritto della previdenza sociale oltre i confini del lavoro subordinato, per includervi i lavoratori formalmente autonomi, dal momento in cui vengano a trovarsi in una situazione di dipendenza economica (*Arbeitnehmerähnliche Personen*, che significa *persone simili ai subordinati*).

Questa estensione è possibile solo se:

- i lavoratori coinvolti non abbiano a loro volta altri dipendenti, oppure li abbiano entro un determinato limite retributivo;
- i lavoratori coinvolti prestino la propria attività essenzialmente per uno stesso cliente;
- il cliente richieda lo svolgimento di lavori simili a quelli svolti dai lavoratori alle sue dipendenze;
- che l'attività svolta non abbia le caratteristiche di un appalto.

Ai sensi del diritto tedesco ⁽⁸²⁾ sono lavoratori economicamente dipendenti, ai quali va garantita una protezione sociale simile a quella dei subordinati, le persone fisiche che svolgono il proprio lavoro a favore di altre persone, sulla base di contratti d'opera, in forma personale ed essenzialmente senza ricorrere a lavoratori subordinati, e che svolgono il proprio lavoro per una sola persona, o che da una sola persona ricevano, in media, più della metà della retribuzione che sia loro dovuta per il lavoro svolto.

Il lavoro autonomo nel diritto italiano

La nozione italiana di parasubordinazione si colloca in una diversa prospettiva, anche se i risultati sono pressoché i medesimi. La nozione di "lavoratore parasubordinato" apparve nella legge n. 533/1973, codificata nell'articolo 409 del Codice di procedura civile, che estese la competenza delle giurisdizioni del lavoro alle controversie derivanti dai rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale, vale a dire, a quei rapporti di collaborazione che si concretizzano in una prestazione di lavoro coordinata e continuativa, di natura personale, anche se priva del carattere di subordinazione. Si tratta di una categoria aperta in cui, nella prassi, sono ricomprese categorie di professionisti anche molto diverse, come quella degli avvocati che lavorano per una società, o dei medici del servizio sanitario nazionale. La differenza con i *quasi subordinati* del diritto tedesco consiste nel fatto che, in tale definizione, non sembra esservi spazio per l'esigenza di definire un regime di protezione sociale. La discussione in Italia si è concentrata sulla necessità di rispondere alla domanda se in tale nozione potesse riconoscersi il criterio di dipendenza economica, tale da autorizzare l'applicazione del diritto del lavoro ai "parasubordinati" o se, al contrario, questi ultimi conservassero la qualità di lavoratori autonomi, a cui quel diritto non era applicabile se non nei casi espressamente previsti dalla legge, e cioè, soprattutto, in materia di contenzioso e di igiene e sicurezza. È stata la seconda tesi a prevalere sia in dottrina che in giurisprudenza ⁽⁸³⁾.

⁽⁸²⁾ *Tarifvertragsgesetz* del 1974.

⁽⁸³⁾ Si veda A. SUPLOT (a cura di), *op. cit.*, 33.

I contratti di collaborazione coordinata vengono utilizzati solo nell'ambito di uno specifico progetto di lavoro ⁽⁸⁴⁾. Questi contratti (che non sono contratti di lavoro subordinato) devono indicare la durata della prestazione e la definizione delle sue varie fasi.

Per alcuni diritti concessi ai beneficiari di questi contratti deve tenersi in considerazione la retribuzione media delle prestazioni di lavoro nel luogo di esecuzione:

- se beneficiano di tutele nel caso di gravidanza, malattia e pensione;
- i loro contributi sociali sono sicuramente inferiori rispetto a quelli dei subordinati, però la differenza appare sensibilmente ridotta;
- in materia di infortuni, il datore di lavoro che li assume versa i contributi presso l'Istituto nazionale infortuni sul lavoro (Inail);
- se beneficiano della formazione professionale e dei programmi di inserimento professionale, per i titolari dei contratti di collaborazione che sono svolti in imprese con difficoltà economiche;
- sul piano collettivo, possono far parte delle organizzazioni speciali incaricate della difesa dei diritti dei parasubordinati ⁽⁸⁵⁾.

3.3.3. *Il lavoro autonomo secondo il Comitato economico e sociale europeo*

È importante segnalare anche il parere del Comitato economico e sociale europeo (CESE) sulle *Nuove tendenze del lavoro autonomo: il caso specifico del lavoro autonomo economicamente dipendente* ⁽⁸⁶⁾. Il 26 febbraio 2009, il CESE decise, in conformità con l'articolo 29, § 2, del proprio regolamento interno, di elaborare il parere in oggetto, approvato il 23 febbraio 2010.

⁽⁸⁴⁾ Questo per quanto riguarda il quadro anteriore alla riforma Monti-Fornero. Per le modifiche apportate dalla riforma, si vedano P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Una riforma a metà del guado. Prime osservazioni sul DDL n. 3249/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2012, n. 1, e P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata. Ulteriori osservazioni sul DDL n. 5256/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2012, n. 2.

⁽⁸⁵⁾ C.E. TRIOMPHE, *L'essor du travail indépendant en Europe – un défi pour le droit du travail*, cit.; P.-H. ANTONMATTEI, J.-H. SCIBERRAS, *op. cit.*

⁽⁸⁶⁾ SOC/344-CESE 639/2010 (2011/C 18/08).

Il parere evidenzia che vi è una serie di fattori che può essere all'origine della comparsa dei "nuovi" lavoratori autonomi, vale a dire, lavoratori che esercitano attività non inserite, *a priori*, nelle categorie tradizionali delle professioni autonome, come l'agricoltura o le libere professioni:

- le strategie delle imprese, e in particolare determinate forme di esternalizzazione del lavoro;
- l'emergere di nuovi bisogni sociali da soddisfare, legati in particolare ai cambiamenti demografici e all'invecchiamento della popolazione;
- cambiamenti che interessano la mano d'opera, come l'innalzamento del livello generale di istruzione;
- l'aumento del numero di donne che fanno ingresso nel mercato del lavoro;
- l'esigenza di garantire un'occupazione a quelle persone appartenenti a categorie vulnerabili, escluse dal mercato del lavoro. Per queste categorie di persone il lavoro autonomo può costituire, in alcuni casi, una valida alternativa alla disoccupazione;
- il desiderio di taluni lavoratori di conciliare meglio vita professionale e vita privata;
- la crescita dei servizi e le nuove opportunità offerte dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Dall'altro lato, la letteratura scientifica, sulla base di ricerche empiriche, ha individuato diverse categorie di lavoratori autonomi. Le categorie più frequentemente utilizzate sono le seguenti:

- gli imprenditori che gestiscono la loro impresa ricorrendo alle assunzioni e avvalendosi, quindi, dell'aiuto di lavoratori subordinati;
- i liberi professionisti "tradizionali", che per esercitare la professione devono conformarsi a requisiti specifici stabiliti dalle normative nazionali (certificazione delle competenze, rispetto dei codici deontologici propri dei rispettivi ordini professionali). Possono assumere dipendenti, ma in generale esercitano da soli o in società con colleghi. Si pensi ad esempio agli avvocati e ai medici;
- gli artigiani, i commercianti e gli agricoltori, che rappresentano il nucleo centrale delle tradizionali forme di lavoro autonomo e che possono lavorare con i membri delle loro famiglie e/o con un piccolo numero di dipendenti, fissi o meno;
- i "nuovi lavoratori autonomi", che esercitano attività qualificate ma non regolamentate in tutti i Paesi, a differenza delle libere professioni sopraccitate;

– i lavoratori autonomi che esercitano attività poco o altamente qualificate senza l'aiuto di dipendenti. La loro presenza nell'azienda è frutto di strategie imprenditoriali, in particolare dell'outsourcing di talune fasi del processo produttivo.

Allo stesso modo, parallelamente a queste definizioni, l'inchiesta di Eurostat sulla popolazione attiva (*Labour Force Survey*), prefiggendosi l'obiettivo di inquadrare statisticamente il lavoro autonomo, distingue tra i seguenti gruppi:

- i datori di lavoro, definiti come persone che gestiscono un'attività (impresa, libera professione, attività agricola) per conto proprio e a scopo di lucro, impiegando almeno un lavoratore;
- gli *own account workers* (lavoratori per conto proprio), definiti come persone che gestiscono la loro attività (impresa, libera professione, attività agricola) a scopo di lucro, ma senza ricorrere all'assunzione di dipendenti. Nel 2008 questa categoria di lavoratori rappresentava oltre 36 milioni di persone nell'UE-27, vale a dire il 16% della popolazione occupata;
- i *family workers* (collaboratori familiari), definiti come quelle persone che aiutano un membro della propria famiglia nell'esercizio di un'attività economica (commerciale o agricola), quando non possano essere qualificati come lavoratori dipendenti.

Il parere prosegue evidenziando che:

Esiste un vero e proprio problema di quantificazione del lavoro autonomo economicamente dipendente. Solo nei paesi in cui tale categoria è stata riconosciuta giuridicamente esiste una delimitazione più precisa dei lavoratori che, pur essendo autonomi, lavorano in una situazione di dipendenza economica. Tuttavia, è indubbio che almeno una parte dei lavoratori considerati statisticamente come lavoratori autonomi si trova di fatto, nell'esercizio della sua attività, in condizioni di dipendenza economica nei confronti di un cliente o committente [§ 3.1.4].

Esaminando i dati europei disponibili per quanto riguarda l'entità del lavoro autonomo, si può notare che nel 2007, in ciascuno degli Stati membri, i lavoratori autonomi senza dipendenti rappresentavano almeno il 50% del totale dei lavoratori autonomi. In alcuni Stati membri la percentuale era ancora più elevata (70% o più), come ad esempio nella Repubblica ceca, in Lituania, in Portogallo, in Slovacchia e nel Regno Unito. Se si tiene conto delle trasformazioni economiche e sociali

all'origine della comparsa delle nuove forme di lavoro autonomo, e se si considera l'esperienza dei paesi che hanno regolamentato queste nuove espressioni del lavoro autonomo, non si può non pensare che una parte estremamente significativa di questa folta schiera di *own account worker* lavori in situazioni di dipendenza economica [§ 3.1.5].

Allo stesso modo, le riflessioni sul lavoro parasubordinato non possono dissociarsi completamente da quelle relative ai "falsi autonomi", anche se è indiscutibile che

vi siano lavoratori formalmente autonomi (entrambe le parti definiscono in questi termini il rapporto di lavoro che le lega) che però esercitano la loro attività nelle stesse condizioni del lavoro subordinato. Queste situazioni corrispondono in generale all'ipotesi che il datore di lavoro qualifichi le prestazioni effettuate come lavoro autonomo per evitare l'applicazione del diritto del lavoro e/o del diritto in materia di sicurezza sociale [§ 5.1.2].

In realtà, in molti casi il passaggio alla condizione di lavoratore autonomo economicamente dipendente non costituisce in senso stretto un'opzione scelta liberamente, ma dipende invece da cause esterne, come l'esternalizzazione produttiva o la riconversione di un'impresa con conseguente risoluzione dei contratti di lavoro [§ 1].

Il parere evidenzia come il lavoro autonomo dipendente o parasubordinato sia una realtà economica e sociale nuova, già regolamentata in alcuni Paesi. Se è vero che tale regolamentazione implica dei rischi, posto che il riconoscimento del lavoro parasubordinato può determinare l'inclusione, in questa categoria, di persone che fino a quel momento erano state considerate subordinate, vero è anche che non può ignorarsi il processo evolutivo del lavoro autonomo, giacché si correrebbe il rischio, nei Paesi in cui tale figura non è riconosciuta, di lasciare priva di protezione una porzione considerevole di lavoratori europei.

3.4. La responsabilità solidale nelle catene di subappalto

La responsabilità nelle catene di subappalto è un tema controverso, giacché implica la partecipazione di diversi attori, quali l'imprenditore principale, i subappaltanti e i dipendenti di questi ultimi che non

necessariamente sono legati gli uni agli altri. L'idea che sta progressivamente prendendo piede in Europa è che nei settori dell'economia che ricorrono in grande misura al subappalto, l'imprenditore principale, vale a dire, i suoi appaltatori, sono responsabili nei confronti dei dipendenti dei loro subappaltanti per il pagamento della retribuzione, e per i costi di natura contributiva e fiscale. Tale responsabilità non si limita solamente ai subappaltanti con cui l'imprenditore principale si è direttamente vincolato mediante la stipula di un contratto, ma si estende anche ai subappaltanti contrattualmente vincolati al proprio co-appaltante o subappaltatore principale. La responsabilità, in questi termini, è solidale e indivisibile; con ciò si intende che i creditori della parte inferiore della catena di subappalto possono chiedere l'intero ammontare di quanto loro dovuto non solo al proprio datore di lavoro diretto ma anche al co-appaltante, vale a dire, all'imprenditore principale in funzione della solvibilità di ciascuno.

L'Unione europea ancora non disciplina la materia. Nel *Libro verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, la Commissione esprime, in ogni caso, la sua intenzione di adottare le misure necessarie per chiarire diritti e doveri delle parti coinvolte nella catena dei subappalti, per evitare che i lavoratori si trovino nell'impossibilità di far valere i propri diritti. Allo stato attuale, solo otto Stati membri, tra cui Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Olanda e Spagna, dispongono di un quadro giuridico relativo ai livelli di responsabilità in una catena, almeno per quanto riguarda il settore dell'edilizia ⁽⁸⁷⁾. In questi Paesi, la legislazione che disciplina la responsabilità a cascata è nata dall'esigenza di evitare che i diritti dei dipendenti non fossero rispettati dai datori di lavoro insolventi nonché, e soprattutto, dall'esigenza di rendere gli imprenditori più responsabili nella selezione dei propri co-appaltanti, in modo tale da evitare che essi scelgano sistematicamente i subappaltanti più economici a discapito dei diritti dei dipendenti. Alcuni Paesi, come la Francia e l'Italia, hanno fatto della responsabilità a cascata uno strumento per combattere il lavoro nero così come la concorrenza sleale dei prestatori di servizi stranieri che pagano salari molto bassi.

⁽⁸⁷⁾ Si veda M. HOUWERZIJL, S. PETERS, *Liability in subcontracting processes in the European construction sector*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008, in www.eurofound.europa.eu.

La responsabilità a cascata, così come risulta dagli otto Stati membri sopra citati ⁽⁸⁸⁾, comprende, di base, il pagamento dei salari, delle tasse e dei contributi alla previdenza sociale. Ciò nonostante, in alcuni di questi otto Paesi, la responsabilità a cascata si trova soggetta a determinate condizioni. Ad esempio, in Germania, la responsabilità solidale in materia di pagamenti dei contributi alla previdenza sociale si applica solamente se il valore dei lavori da svolgere nell'edilizia supera i 500 mila euro. In Francia, la responsabilità solidale in materia di falso subappalto trova operatività solo quando la prestazione di servizi è superiore ai 3 mila euro.

In Austria, Paesi Bassi e Spagna, esiste solamente la responsabilità esclusiva dell'appaltatore principale che si è vincolato. In Belgio, Finlandia, Francia e Italia, invece, la responsabilità si estende a tutti gli appaltatori, e anche al cliente (Francia e Finlandia). Dal lato dei dipendenti, beneficiano della responsabilità a cascata tutti i dipendenti dei subappaltatori, i dipendenti a tempo pieno o i dipendenti assunti con altre forme di lavoro flessibile. Al contrario, le persone che non sono vincolate al subappaltatore in virtù di un contratto di lavoro, non beneficiano della responsabilità a cascata.

In Italia, la responsabilità dell'appaltante nei confronti dei subappaltatori è solidale e indivisibile sia per quanto riguarda il pagamento delle retribuzioni, sia per quanto concerne il pagamento delle tasse e dei contributi sociali ⁽⁸⁹⁾. In Paesi come il Belgio, la responsabilità è solo contrattuale: significa che i lavoratori del subappaltatore, per soddisfare le proprie pretese, possono rivolgersi unicamente agli appaltatori diretti del datore di lavoro. Al contrario, in altri Paesi, come la Germania, la responsabilità per il pagamento dei salari è solidale e indivisibile non solamente nei confronti dell'imprenditore principale, ma anche rispetto al cliente, degli appaltatori intermediari o dell'impresa utilizzatrice.

La responsabilità a cascata è a volte sottoposta ad un obbligatorio controllo preliminare. In tal modo, come avviene ad esempio in Francia e in Finlandia, la responsabilità a cascata dell'imprenditore principale ha luogo solo se l'imprenditore non ha eseguito un previo controllo circa la solvibilità dei suoi subappaltatori.

⁽⁸⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁹⁾ D.lgs. n. 223/2006.

Il Parlamento europeo ha adottato due risoluzioni sulla responsabilità a cascata. La prima ⁽⁹⁰⁾, sul distacco dei lavoratori, invita la Commissione a

regolamentare la responsabilità congiunta e solidale per le imprese generali o principali, in modo da combattere gli abusi in materia di subappalto e cessione temporanea di lavoratori transfrontalieri e da creare un mercato interno trasparente e competitivo per tutte le imprese [punto 28].

La seconda risoluzione ⁽⁹¹⁾, sulla responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione, invita la Commissione a

avanzare una proposta concernente l'applicazione dell'agenda sul lavoro dignitoso ai lavoratori di imprese subappaltatrici e, in particolare, il rispetto delle norme fondamentali del lavoro, i diritti sociali, la formazione dei dipendenti e la parità di trattamento [punto 3]

e richiama la Commissione a:

definire uno strumento giuridico comunitario chiaro, che introduca la responsabilità solidale a livello comunitario e rispetti, nel contempo, i diversi ordinamenti giuridici esistenti negli Stati membri e i principi della sussidiarietà e della proporzionalità; [...] effettuare una valutazione d'impatto sul valore aggiunto e la fattibilità di uno strumento comunitario sulla responsabilità a cascata come mezzo per accrescere la trasparenza nei processi di subappalto e per assicurare un maggiore rispetto della legislazione comunitaria e nazionale; sottolinea la necessità che tale studio sia intersettoriale [punti 13 e 14].

3.5. La responsabilità sociale delle imprese europee

Per le imprese, la nozione di responsabilità sociale implica una responsabilità non solo nei confronti dei propri lavoratori e sindacati, ma anche, più in generale, nei confronti delle parti interessate, vale a dire, i

⁽⁹⁰⁾ Risoluzione del Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori, 2006/2038(INI), 26 ottobre 2006.

⁽⁹¹⁾ Risoluzione 2008/2249(INI), cit.

consumatori, i fornitori, i subappaltatori, e le organizzazioni non governative che lavorano nel settore ambientale.

Poiché il diritto comunitario ha assunto una posizione pressoché assenteista in materia di responsabilità sociale d'impresa (RSI), risulta importante fare riferimento agli accordi quadro internazionali, volontariamente stipulati tra le multinazionali soggette a un controllo europeo e alle organizzazioni sindacali di dimensione internazionale.

3.5.1 *La politica comunitaria in materia di RSI*

Il *Libro verde* della Commissione sulla RSI, pubblicato nel 2001, ha inserito la RSI all'ordine del giorno delle istituzioni dell'Unione europea. La responsabilità sociale viene definita come «l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate»⁽⁹²⁾. Dall'altro lato, la creazione del Forum Plurilaterale Europeo ha generato un vero e proprio dibattito tra gli interlocutori, senza però riuscire a indicare quello che la UE avrebbe potuto fare per adottare misure concrete che promuovessero la RSI.

Nei due anni successivi, la Commissione non ha fatto alcun passo in avanti poiché incapace di decidere tra coloro che volevano che la RSI fosse soggetta a criteri di trasparenza sotto forma di controllo esterno e/o di una legislazione, oltre all'assegnazione di un ruolo centrale agli attori coinvolti; e tra coloro che, invece, concepivano la RSI come un'attività gestita unicamente dalle imprese, da svolgersi in assenza di un intervento da parte dei pubblici poteri. La Commissione decise infine di uscire dal dibattito, e lo fece emettendo una dichiarazione con cui sostanzialmente appoggiava una posizione contraria alla regolamentazione⁽⁹³⁾.

Nella sua ultima comunicazione sul tema, intitolata *Il partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese*⁽⁹⁴⁾, la Commissione non dà altro input se non quello della creazione dell'alleanza europea per la RSI. Per

⁽⁹²⁾ *Libro verde. Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, COM(2001)366 def., 18 luglio 2001, punto 20.

⁽⁹³⁾ *La dimensione sociale della globalizzazione – Il contributo della politica dell'UE perché tutti possano beneficiare dei vantaggi*, COM(2004)383 def., 18 maggio 2004.

⁽⁹⁴⁾ COM(2006)136 def., 22 marzo 2006.

ciò che concerne la dimensione internazionale della RSI, la Commissione ribadisce il suo impegno a intensificare la cooperazione con l'ILO, al fine di promuovere condizioni di lavoro dignitose. Questo impegno si riflette nella sua comunicazione *Agenda sociale rinnovata: Opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del XXI secolo* ⁽⁹⁵⁾.

In risposta alla comunicazione della Commissione del 2006, il Parlamento europeo adotta una risoluzione sulla responsabilità sociale delle imprese ⁽⁹⁶⁾, nella quale

ritiene che l'impatto potenziale delle politiche sulla RSI sia più elevato in relazione alle catene di approvvigionamento globale delle imprese, per consentire un investimento responsabile da parte delle società al fine di aiutare a combattere la povertà nei paesi in via di sviluppo, a promuovere condizioni di lavoro dignitose, a sostenere i principi del commercio equo e del buon governo, nonché ridurre l'incidenza delle violazioni delle norme internazionali, comprese le norme sul lavoro, da parte delle imprese in paesi in cui i regimi regolamentari sono deboli o inesistenti [punto 56].

Il Parlamento «esprime disappunto per il fatto che la Commissione non abbia accordato maggiore priorità alla promozione di iniziative globali» (punto 59).

3.5.2. La responsabilità sociale delle imprese europee nei confronti dei loro subappaltatori extracomunitari: gli accordi quadro internazionali

In assenza di una governance europea, le multinazionali cercano di creare da sole nuove forme di regolamentazione per rispondere ai problemi che, a livello globale, derivano dall'esercizio delle proprie attività.

Fenomeno alquanto recente, la firma di accordi quadro internazionali costituisce un ulteriore passo in avanti nell'applicazione di prassi aziendali in materia di RSI, che implicano la partecipazione a

⁽⁹⁵⁾ COM(2008)412 def., 2 luglio 2008.

⁽⁹⁶⁾ Risoluzione del Parlamento europeo sulla responsabilità sociale delle imprese: un nuovo partenariato, 2006/2133(INI), 13 marzo 2007.

organizzazioni sindacali settoriali, regionali e mondiali. È questa la ragione per cui gli accordi quadro internazionali, che promanano da imprese, da iniziative settoriali o internazionali, come il Patto globale dell'ONU (*Global Compact*), possono considerarsi un complemento dei codici di condotta, in quanto cercano di porre rimedio ad alcune lacune, quali ad esempio il loro carattere unilaterale. L'innovazione più importante di questi accordi risiede nel fatto che gli stessi coinvolgono i lavoratori e le organizzazioni sindacali nell'applicazione degli impegni assunti nell'ambito del subappalto e della sicurezza.

La negoziazione di questi accordi avviene, di base, tra un gruppo datoriale e una federazione sindacale internazionale (associazione dei lavoratori che raggruppano i dipendenti che appartengono allo stesso settore o che svolgono la medesima attività) per definire i diritti dei lavoratori delle filiali del gruppo, tra cui quelli dei subappaltatori, così come l'insieme degli impegni sociali e ambientali che le parti desiderino portare avanti. La conclusione di un accordo quadro consiste in un impegno volontario dei sindacati e delle imprese coinvolte, giacché la legislazione nazionale, europea e internazionale non ne regola in maniera specifica la negoziazione. Se il numero di tali accordi risulta esiguo rispetto al numero delle imprese di dimensione internazionale, è perché che la maggior parte di essi sono stipulati da imprese europee (49 su 55 alla fine del dicembre del 2006).

L'ambito di applicazione degli impegni che i firmatari hanno deciso di adottare è decisivo. Tenendo in considerazione le sfide mondiali, la maggior parte delle imprese non ha definito l'area geografica. Tuttavia, è importante che gli accordi quadro definiscano il loro ambito di applicazione. L'analisi dei 49 accordi quadro da parte dell'Observatoire de la responsabilité sociétale des entreprises (ORSE) mostra alcune imprese del gruppo descritte in maniera generale, mentre per altre si distingue tra imprese del gruppo, filiali di proprietà maggioritaria, fornitori, subappaltatori, ecc.

I rapporti con i subappaltatori sono un fattore di esposizione e rischio d'immagine che le imprese multinazionali si trovano a dover affrontare. Deve ricordarsi, al riguardo, che la firma di un accordo quadro internazionale tra determinati gruppi (come Ikea o Chiquita) fu il risultato di una campagna di denuncia pubblica per inadempimento alle principali convenzioni dell'ILO da parte dei loro subappaltatori. I rapporti con i

subappaltatori sono oggi inseriti in quasi tutti gli accordi quadro internazionali.

A seconda del contenuto dell'accordo, il termine "appaltatore" può riferirsi a tutti gli appaltatori, ovvero, ai loro subappaltanti, ai loro principali fornitori, anche se detentori di una licenza (associati in franchisee). Nell'ambito di questi accordi, il termine "subappaltatore" si riferisce a «ogni persona fisica o giuridica che fornisce, sulla base di un contratto con l'appaltatore, un lavoro o una prestazione contrattualmente destinata all'impresa».

Il tema della responsabilità nella catena di produzione si presenta in diverse forme. Può manifestarsi in una firma o in uno specifico documento o esser parte di un accordo quadro. Ad esempio, «Rhodia si aspetta che i propri fornitori e subappaltatori rispettino le leggi, i regolamenti e i diritti umani così come individuati nei contratti e nelle convenzioni internazionali». A differenza della maggioranza degli accordi quadro monitorati, l'accordo EDF (Électricité de France) distingue i fornitori dai subappaltatori. La responsabilità del gruppo nei confronti dei propri fornitori consiste nel promuovere i principi del Patto Mondiale. Tuttavia, le esigenze del gruppo rispetto ai propri subappaltatori sono ben più specifiche, e accompagnate da strumenti atti a consentirne l'attuazione.

Nella misura in cui la catena di produzione si fa di volta in volta più ampia e complessa, nei settori caratterizzati da un utilizzo a cascata del subappalto, è importante precisare in che misura ci si propone di ampliare la loro responsabilità. Ad esempio, nell'accordo di Hochtief, «le parti contraenti devono garantire che i propri partner contrattuali rispetto ad un'attività del gruppo Hochtief, aderiscano ai principi contenuti nel codice».

Ovviamente, l'influenza del committente sui propri subappaltatori dipende da una serie di fattori (volume degli acquisti, durata dell'impegno, misure di accompagnamento proposte), altrimenti, gli ordini del primo non avranno alcun effetto sui secondi. Alcuni accordi stabiliscono una gerarchia delle responsabilità in relazione ai subappaltatori, realizzando una lista delle stesse o fissando un impegno specifico nell'accordo. Così, ad esempio, l'accordo EDF stabilisce che «le responsabilità del gruppo EDF si concentreranno essenzialmente nel rispetto della legge, della salute e sicurezza dei lavoratori, nella condotta etica con i clienti». Gli effetti dell'accordo saranno diversi a seconda che

l'inadempimento dei subappaltatori si riferisca a un aspetto prioritario o meno per il committente.

I mezzi di applicazione variano da una semplice informazione sul contenuto dell'accordo nella lingua appropriata, all'incentivo, più o meno sostenuto, a rispettare i principi pattuiti. Così, il Gruppo BMW «spera che i propri partner commerciali facciano di questi principi la base dei loro reciproci rapporti commerciali e li considerino come il criterio da seguire per instaurare relazioni commerciali durature».

I procedimenti per monitorare l'adempimento degli impegni da parte dei subappaltatori variano in funzione:

- a) della loro presenza nella dimensione contrattuale del rapporto del gruppo con i propri subappaltatori;
- b) del fatto che rientrino o meno nel processo di monitoraggio dell'accordo;
- c) della loro collocazione tra gli impegni prioritari del gruppo.

Alcuni accordi evidenziano la dimensione contrattuale del rapporto e il registro delle pretese in quell'ambito. Così, Ikea «desidera influenzare e sostenere i propri fornitori affinché rispettino le condizioni stabilite nel codice [...]. Ikea ha creato un organismo di controllo incaricato di sostenere e dar seguito ai lavori di esecuzione». L'accordo Chiquita stabilisce due modalità di controllo. Da un lato, «il gruppo chiederà ai propri fornitori, partner commerciali e soci di *joint-ventures*, di dar prova del rispetto da parte loro della legislazione nazionale e degli standard di lavoro minimo indicati nell'accordo». Dall'altro, «l'applicazione di questa parte dell'accordo dovrà essere valutata congiuntamente dal comitato di controllo che terrà in considerazione questi fattori».

Nell'accordo EDF, i metodi di controllo variano a seconda che gli impegni si riferiscano o meno alle priorità. Così,

le società del gruppo EDF istituiranno, con i propri subappaltanti, gli opportuni procedimenti di scelta e di valutazione circa la rispondenza effettiva a tali esigenze [...]. Con specifico riferimento alla salute dei lavoratori delle imprese subappaltanti, verrà chiesto un rapporto sugli infortuni di lavoro che si verificano nel quadro delle missioni assegnate.

Le conseguenze del mancato rispetto dei principi da parte dei subappaltanti sono più o meno rilevanti. Esse variano da un criterio di selezione, alla cessazione dei rapporti contrattuali. In questi termini, la maggior parte degli accordi stipulati con l'International Metalworkers'

Federation (IMF) stabilisce che il rispetto di questi principi da parte dei subappaltatori e dei fornitori costituisce un terreno fertile per i futuri rapporti del gruppo. L'accordo Bosch, da parte sua, stabilisce che «il gruppo escluderà quei fornitori di cui si dimostri il mancato rispetto, in modo sistematico, delle principali disposizioni dell'ILO». Per Rhodia, «ogni grave inadempimento, cui non si sia posto rimedio pur a fronte di un'avvenuta contestazione, in materia di salute e sicurezza dei lavoratori [...] implicherà la sospensione dei rapporti con l'impresa coinvolta rispetto agli obblighi contrattuali».

Capitolo IV

L'esperienza latinoamericana

1. Premessa

Nella maggior parte dei Paesi dell'America Latina, gli anni novanta sono stati un periodo di riforme economiche. Durante alcuni di essi, la riforma del mercato del lavoro è stata orientata alla flessibilizzazione dei rapporti contrattuali. La principale idea alla base di quest'obiettivo era che il mercato del lavoro dovesse operare con una flessibilità tale da accompagnare la tanto attesa ristrutturazione del sistema produttivo, nell'ambito della quale l'esternalizzazione dei rapporti di lavoro ha svolto un ruolo fondamentale.

Sebbene sia indubbio che il contesto economico mondiale degli ultimi decenni abbia preparato il terreno per la comparsa e il progressivo sviluppo dell'esternalizzazione dei rapporti di lavoro, ciò non vuol dire che lo schema sia di recente apparizione. Vi sono infatti alcuni studiosi che fanno risalire le prime tracce di queste nuove forme di organizzazione imprenditoriale alla fine del XIX secolo, quando la specializzazione delle imprese si presentava come una necessità per la crescente organizzazione aziendale. Allo stesso tempo, vi sono coloro che ne collocano la nascita attorno ai primi anni cinquanta del secolo scorso, quando le imprese cercavano di ricorrere a servizi esterni per ridurre al minimo i costi e prevenire gli imprevisti sul lavoro; e già verso gli anni novanta, si assiste con maggiore regolarità all'affermarsi di schemi di questo tipo adottati in vari gruppi di imprese, le quali, molte volte, agivano sotto il coordinamento di un unico mandato. È soltanto in anni recenti, tuttavia, in particolare negli anni ottanta, che sembrerebbe

essersi verificata una vera e propria esplosione di questo fenomeno. A ciò si aggiunge l'impulso dato al tema dalle politiche pubbliche, le quali hanno in buona misura sostenuto e promosso, in modo diretto e indiretto, questo tipo di organizzazione imprenditoriale ⁽¹⁾.

A differenza di quanto avvenuto in Messico, diversi Paesi dell'America Latina hanno riformato la propria legislazione sul lavoro per conferire un quadro giuridico ai rapporti di lavoro triangolari. Tra questi si possono citare Argentina, Cile, Colombia, Perù, Uruguay (*infra*, § 2) e infine l'Ecuador (*infra*, § 3), la cui legislazione si distingue nettamente da quella degli altri Paesi sin qui considerati, nella misura in cui, attraverso un mandato costituzionale, «elimina e proibisce la terzizzazione e l'intermediazione del lavoro e ogni forma di precarizzazione dei rapporti di lavoro nell'ambito delle attività proprie dell'impresa o del datore di lavoro» (*Mandato Constituyente* n. 8, articolo 1).

2. La disciplina del subappalto

Argentina, Cile, Colombia, Perù e Uruguay sono alcuni dei Paesi dell'America Latina che hanno adottato una disciplina in materia di subappalto.

2.1. Perù

Il Perù presenta due leggi in materia. La prima, legge n. 27626, disciplina l'attività delle aziende speciali di servizio e delle cooperative dei lavoratori, mentre la seconda disciplina i servizi di terzizzazione.

⁽¹⁾ Come si vedrà più avanti, in Messico esiste il Sistema para la Subcontratación Industrial (SSI) promosso dal Governo federale attraverso la Secretaría de Economía. Il «subappalto industriale è un'operazione attraverso cui un'impresa (appaltatore) chiede a un'altra impresa (subappaltatore) di realizzare, in base a specifiche indicazioni, la trasformazione, produzione, o rifinitura, attraverso l'integrazione di materiali, pezzi, insieme o sottoinsiemi, di un prodotto finale che sarà utilizzato o commercializzato dall'appaltatore» (www.economia.gob.mx). Si tratta di un sistema elettronico che collega offerta e domanda di prodotti e processi industriali, e che crea una rete di informazione per coloro che sono interessati a questo tipo di relazioni aziendali. Nel programma per il subappalto industriale, ad esempio, sono iscritte 1.900 imprese.

2.1.1. La legge n. 27626: disciplina del comportamento delle aziende speciali di servizio e delle cooperative dei lavoratori

Questa legge ha ad oggetto la disciplina dell'intermediazione di lavoro nell'ambito del lavoro privato, così come l'adeguata protezione dei diritti dei lavoratori (articolo 1).

L'intermediazione di lavoro che coinvolge il personale impiegato nel centro di lavoro, ovvero alcune operazioni dell'impresa utilizzatrice, ha luogo solamente quando sussistano i presupposti della temporaneità, complementarietà e specializzazione. I lavoratori distaccati in un'impresa utilizzatrice non possono prestare servizi che implicino lo svolgimento continuativo dell'attività principale di tale impresa (articolo 3).

L'intermediazione di lavoro sarà nulla di diritto quando abbia avuto ad oggetto o come conseguenza la violazione o la compressione dell'esercizio dei diritti collettivi dei lavoratori appartenenti all'impresa utilizzatrice (articolo 4).

Dall'altro lato, la legge stabilisce che i lavoratori, impiegati in via temporanea, non potranno superare il 20% dei lavoratori dell'impresa utilizzatrice. Questa percentuale non sarà applicabile ai servizi complementari o specializzati (articolo 6).

I lavoratori e i soci lavoratori, quando vengano distaccati presso un'impresa utilizzatrice, hanno il diritto, durante la prestazione dei loro servizi, a ricevere i benefici e le retribuzioni che l'impresa utilizzatrice riconosce ai propri lavoratori (articolo 7).

All'articolo 11 tale legge segnala tre concetti riguardanti le aziende di servizi:

- servizi temporanei. Persone giuridiche che si vincolano tramite contratto a terze persone, denominate utilizzatrici, per collaborare temporaneamente allo svolgimento delle proprie attività mediante il distacco dei propri lavoratori, allo scopo di eseguire, sotto il potere direttivo dell'impresa utilizzatrice, le prestazioni dedotte nei contratti di natura occasionale e di sostituzione;
- servizi complementari. Persone giuridiche che distaccano il proprio personale all'impresa utilizzatrice per svolgere attività accessorie o non connesse al giro di affari di quest'ultima;

– servizi specializzati. Persone giuridiche che forniscono servizi di alta specializzazione in relazione con l'impresa utilizzatrice che li richiede. In questo caso l'impresa utilizzatrice non dispone del potere direttivo.

Le aziende di servizi o le cooperative, quando sottoscrivano dei contratti di intermediazione di lavoro, devono rilasciare una fideiussione che garantisca l'adempimento degli obblighi attinenti al lavoro e alla previdenza sociale dei lavoratori distaccati presso l'impresa utilizzatrice (articolo 24). Nel caso in cui la fideiussione non sia sufficiente a garantire i diritti dei lavoratori, l'impresa utilizzatrice sarà allora responsabile in solido per la copertura dei debiti contratti nei confronti dei lavoratori distaccati.

2.1.2. La legge n. 29245: disciplina dei servizi di terzizzazione

La legge n. 29245 disciplina i casi in cui si verifica la terzizzazione, i requisiti, i diritti e gli obblighi, così come le sanzioni applicabili alle imprese che utilizzano in modo improprio questo metodo di svincolamento aziendale (articolo 1).

L'articolo 2 della legge definisce la terzizzazione come il fatto di appaltare ad altre imprese lo svolgimento di attività specializzate o di opere, a condizione che le stesse assumano per conto proprio il compito di realizzare i servizi prestati e il rischio; dispongano di proprie risorse finanziarie, tecniche e materiali; siano responsabili dei risultati delle attività svolte, ed i loro lavoratori dipendano esclusivamente da esse. L'applicazione di questa forma di appalto non rappresenta una limitazione dei diritti individuali e collettivi dei lavoratori.

Nei contratti in cui il personale dell'impresa che terzizza si sposti in altre sedi dell'impresa principale per realizzare il proprio lavoro di carattere specializzato, tale terzizzazione non deve compromettere i diritti connessi al lavoro e alla previdenza sociale di quei lavoratori. Situazione questa che sarà formalizzata per iscritto nei contratti dei lavoratori stessi (articolo 4).

Nei casi in cui i contratti di terzizzazione si riducano ad una semplice fornitura di manodopera, la conseguenza sarà che i lavoratori distaccati presso l'impresa che terzizza instaureranno con l'impresa principale un rapporto di lavoro diretto e immediato, oltre alla cancellazione dal registro e alle ulteriori sanzioni applicabili (articolo 5).

L'impresa principale che commissiona la realizzazione di opere o servizi mediante il distacco di personale dell'impresa che terziarizza, è solidalmente responsabile del pagamento dei diritti e dei benefici connessi al lavoro e degli obblighi di previdenza sociale maturati durante il periodo in cui il lavoratore è stato distaccato, fino a un anno successivo al termine del suo distacco.

2.2. Cile

Per quanto riguarda il Cile, esiste la legge n. 20123 che disciplina il lavoro in regime di subappalto, il funzionamento delle imprese di servizi temporanei e il contratto di lavoro di servizi.

Tale legge aggiunge al libro I del *Código del Trabajo* il seguente titolo VII, *Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios*, oltre ad apportare diverse modifiche alla legislazione vigente, per disciplinare la materia.

All'articolo 183-A viene fornita una definizione di lavoro in regime di subappalto, da intendersi come quel lavoro realizzato in virtù di un contratto di lavoro da un lavoratore per un datore di lavoro, denominato appaltatore o subappaltatore, quando quest'ultimo, in ragione di un accordo contrattuale, si impegna ad eseguire opere e servizi per conto proprio, facendosi carico del rischio e con lavoratori alle proprie dipendenze, in favore di una terza persona fisica o giuridica proprietaria dell'opera, impresa o attività, denominata impresa principale, in cui si svolgono i servizi o si eseguono le opere commissionate. Ad ogni modo, le norme del paragrafo contenente questi articoli non si applicano alle opere e ai servizi che vengono realizzati in maniera discontinua o sporadica.

Laddove i servizi prestati fossero eseguiti in assenza dei requisiti segnalati, ovvero si riducessero alla sola intermediazione di manodopera in un'attività, il datore di lavoro verrà ritenuto il proprietario dell'opera, impresa o attività, oltre a subire l'applicazione delle sanzioni eventualmente previste.

L'impresa principale sarà responsabile in solido degli obblighi lavorativi e contributivi cui gli appaltatori devono assolvere nei confronti dei loro lavoratori, inclusi gli eventuali indennizzi legali spettanti in ragione della cessazione del rapporto di lavoro. Tale responsabilità sarà limitata al

tempo o periodo durante il quale i lavoratori abbiano prestato la loro attività in regime di subappalto in favore dell'impresa principale (articolo 183-B).

Se l'impresa principale rendesse effettivo il diritto a essere informata (articolo 183-C), risponderebbe in via sussidiaria di quegli obblighi lavorativi e previdenziali che gli appaltatori e subappaltatori hanno nei confronti dei loro lavoratori, compresi gli eventuali indennizzi legali spettanti al termine del rapporto di lavoro. Questa responsabilità sarà limitata al tempo o periodo durante il quale il o i lavoratori dell'appaltatore o subappaltatore abbiano prestato servizio in regime di subappalto per il proprietario dell'opera, impresa o attività. Eguale responsabilità assumerà l'appaltatore con riferimento agli obblighi che i propri subappaltatori hanno nei confronti dei lavoratori di questi ultimi (articolo 183-D).

L'impresa principale dovrà adottare le misure necessarie per proteggere efficacemente la vita e la salute di tutti i lavoratori che prestino servizio in tale opera, impresa o attività, a prescindere dal soggetto da cui dipendano (articolo 183-E).

L'articolo 183-F contiene le definizioni necessarie per comprendere la portata di questa legge:

- agenzia di servizi temporanei. Persona giuridica, iscritta nell'apposito registro, che abbia per oggetto sociale esclusivo quello di mettere a disposizione di terzi, lavoratori affinché gli stessi svolgano prestazioni di carattere transitorio od occasionale, così come la selezione e formazione dei lavoratori, oltre ad ulteriori attività affini all'ambito delle risorse umane;
- utilizzatrice. Persona fisica o giuridica che, mediante contratto, si accorda con un'agenzia di servizi temporanei per la messa a disposizione di lavoratori al fine di svolgere prestazioni o compiti transitori od occasionali;
- prestatore di servizi temporanei. Colui che ha firmato un contratto di lavoro con un'agenzia di servizi temporanei per essere messo a disposizione di una o più utilizzatrici.

Ogni agenzia di servizi temporanei dovrà costituire una garanzia permanente a nome della Direzione del lavoro. L'importo della garanzia viene aggiornato ogni 2 mesi, in considerazione del numero dei lavoratori temporanei che siano assunti in quel dato momento. La garanzia sarà preferibilmente destinata a rispondere, nel prosieguo, agli

obblighi legali e contrattuali dell'agenzia nei confronti dei propri lavoratori temporanei, maturati in ragione dei servizi da questi ultimi prestati presso le imprese utilizzatrici, ed in subordine alle multe che vengano comminate a fronte di eventuali violazioni delle norme del codice (articolo 183-J).

Il direttore del lavoro potrà, con decisione motivata, ordinare la cancellazione dell'iscrizione dal registro di un'agenzia di servizi temporanei nei casi enumerati nell'articolo 183-M.

La messa a disposizione, da parte di un'agenzia di servizi temporanei, di prestatori di servizi temporanei in favore di un'impresa utilizzatrice, dovrà risultare per iscritto mediante un contratto di messa a disposizione di prestatori di servizi temporanei (articolo 183-N), nel quale dovrà essere indicata la causa che giustifica il ricorso ad un simile contratto. Se manca il contratto scritto di messa a disposizione di prestatori di servizi temporanei, il lavoratore verrà considerato come dipendente dell'impresa utilizzatrice, vincolo che sarà regolato dalle norme del diritto del lavoro comune, oltre all'applicabilità delle sanzioni che fossero da eventualmente da comminarsi in base a quel codice.

Il contratto di lavoro di servizi temporanei è un accordo in virtù del quale un lavoratore e un'agenzia di servizi temporanei si obbligano reciprocamente a eseguire specifici lavori in favore di un'impresa utilizzatrice di quell'agenzia e a corrispondere la retribuzione determinata in relazione al tempo impiegato (articolo 183-R).

Se il lavoratore continua a prestare servizio dopo che sia spirato il termine del suo contratto di lavoro, questo si trasformerà in contratto a tempo indeterminato, divenendo così l'impresa utilizzatrice il suo datore di lavoro e calcolando l'anzianità del lavoratore, ai fini di tutti gli effetti legali, dalla data di inizio della prestazione di lavoro presso l'utilizzatrice (articolo 183-T).

L'impresa utilizzatrice avrà facoltà di organizzare e dirigere il lavoro, nell'ambito delle funzioni per le quali il lavoratore le è stato messo a disposizione da parte dell'agenzia di servizi temporanei. Inoltre, il prestatore di servizi temporanei sarà soggetto al regolamento di ordine, sicurezza e igiene dell'impresa utilizzatrice, del quale dovrà essere messo a conoscenza mediante consegna di una copia stampata (articolo 183-X).

L'impresa utilizzatrice dovrà rispettare, in toto, le condizioni stabilite tra il lavoratore e l'agenzia di servizi temporanei relative alla prestazione dei servizi, quali ad esempio la durata della giornata di lavoro, i riposi

giornalieri e settimanali, la natura dei servizi e il luogo di prestazione degli stessi.

Quando l'impresa utilizzatrice assuma un prestatore di servizi temporanei tramite agenzie non iscritte nel registro appositamente tenuto dalla Direzione del lavoro, il lavoratore verrà considerato come dipendente dell'impresa utilizzatrice, vincolo che sarà regolato dalle norme del diritto del lavoro comune, oltre ad essere applicabili le sanzioni amministrative eventualmente previste (articolo 183-AA).

L'impresa utilizzatrice sarà in via sussidiaria responsabile degli obblighi di lavoro e previdenziali cui devono assolvere le agenzie di servizi temporanei in favore dei loro lavoratori. Ciò nonostante, sarà responsabilità diretta dell'impresa utilizzatrice il rispetto delle norme relative all'igiene e sicurezza nel lavoro (articolo 183-AB).

Allo stesso modo, le lavoratrici assunte in base a questo schema contrattuale beneficiano del congedo di maternità disciplinato nel codice, cessando questo di diritto al termine dei servizi presso l'impresa utilizzatrice (articolo 183-AE).

Tuttavia, in Cile, Paese in cui, nel 2006, il lavoro esternalizzato interessava circa il 35% della popolazione dipendente, l'interpretazione che della legislazione ha dato la Corte suprema, ha sottratto importanti poteri di ispezione alla Direzione del lavoro. Verso la fine del 2007, a seguito di un lungo processo ispettivo, la Direzione del lavoro rilevò alcune irregolarità circa il modo in cui stava evolvendosi l'esternalizzazione nella Corporación Nacional del Cobre (Codelco). L'ordine per l'impresa era quello di internalizzare circa 4.800 lavoratori subappaltati. Le corti di appello accolsero le argomentazioni addotte da Codelco, secondo cui la Direzione del lavoro aveva oltrepassato i confini delle funzioni assegnatele, non rientrando infatti tra le sue facoltà quella di stabilire la legittimità o meno dei contratti nell'ambito di un subappalto di lavoro. In definitiva, la Corte suprema dichiarò che gli ispettori erano incorsi in azioni arbitrarie e illegali, tali da compromettere la garanzia costituzionale sancita all'articolo 19, n. 3, quarto comma, della Costituzione cilena, essendosi appropriati di facoltà proprie ed esclusive dei tribunali del lavoro;

che oltre ad accertare i fatti, sono giunti ad una conclusione giuridica consistita nel dichiarare l'esistenza di contratti di lavoro simulati, il che implica l'aver proceduto all'interpretazione di contratti, facoltà che è

propria dell'organo giurisdizionale e non di un ente amministrativo e, sebbene quest'ultimo possa interpretare la legge, non può però dichiarare l'esistenza di rapporti di lavoro; che l'organo ispettivo è chiamato ad esercitare le proprie facoltà quando, nell'esercizio delle sue funzioni ispettive rilevi infrazioni evidenti, chiare, precise e determinate delle norme del lavoro, dovendo limitarsi a constatare situazioni di fatto che senza dubbio configurino violazioni alle leggi di lavoro [...].

La pronuncia della Corte costituzionale ebbe l'effetto di lasciare in sospeso, da un punto di vista istituzionale, il processo di implementazione della legge sul subappalto ⁽²⁾.

2.3. Uruguay

In Uruguay è la legge n. 18099 a stabilire i diritti dei lavoratori a fronte dei processi di decentramento aziendale.

Ogni datore di lavoro o imprenditore che utilizzi subappaltatori, intermediari o somministratori di manodopera, sarà responsabile in solido degli obblighi relativi al lavoro che questi ultimi hanno nei confronti dei lavoratori assunti, così come dei pagamenti dei contributi previdenziali all'apposito ente, della copertura per infortunio sul posto di lavoro e malattia professionale, nonché dei pagamenti delle sanzioni dovuti al Banco de Seguros del Estado in relazione a quei lavoratori. Questa responsabilità rimane limitata agli obblighi via via accumulatisi durante il periodo del subappalto, dell'intermediazione o della somministrazione di manodopera (articolo 1).

I debitori in solido degli obblighi di lavoro possono stabilire con contratto il modo in cui gli obblighi assunti vadano tra di loro ripartiti. Tali patti o contratti non sono opponibili ai creditori, i quali potranno rivolgersi indistintamente ad uno qualunque dei co-debitori in solido per domandare la totalità delle prestazioni (articolo 2).

Si stabilisce il divieto di ricorrere all'appalto, al subappalto, all'intermediazione o somministrazione di manodopera per sostituire lavoratori che stiano godendo della protezione dell'indennità di disoccupazione a causa della sospensione parziale o totale dal lavoro, o

⁽²⁾ M. ECHEVERRÍA TORTELLO, *La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores*, Gobierno de Chile, Dirección del Trabajo, 2010, 137-145.

in caso di conflitto collettivo, pur rimanendo applicabili le disposizioni speciali riguardanti i servizi essenziali (articolo 3).

Allo stesso modo, viene imposto l'obbligo di informare il lavoratore, con anticipo e per iscritto, circa le sue condizioni di lavoro, il suo salario e, se del caso, circa l'impresa o istituzione per la quale presterà servizio (articolo 4).

Occorre poi considerare la legge n. 18251 relativa alla responsabilità, per quanto riguarda il lavoro, nei processi di decentramento aziendale.

L'articolo 1 fissa i concetti generali di questa legge:

- subappaltatore. V'è subappalto quando un datore di lavoro, in virtù di un accordo contrattuale, si impegna ad eseguire opere o servizi per conto proprio, assumendosene il rischio e con lavoratori alle proprie dipendenze, in favore di una terza persona fisica o giuridica, denominata datore di lavoro o impresa principale, quando tali opere o servizi siano integrati all'interno dell'organizzazione di questi o quando rientrino nell'attività ordinaria o specifica dello stabilimento, sia essa principale o accessoria (manutenzione, pulizia, sicurezza o vigilanza), a prescindere dal fatto che si realizzi all'interno o all'esterno dello stesso;
- intermediario. È colui che assume o interviene nell'assunzione di lavoratori affinché prestino servizi in favore di un terzo. Non fornisce direttamente servizi od opere al pubblico, bensì ad un altro datore di lavoro o imprenditore principale;
- agenzia somministratrice di manodopera. È quella che presta servizi consistenti nell'assumere lavoratori con il fine di metterli a disposizione di una terza persona, fisica o giuridica (impresa utilizzatrice), che definisca le loro attività e ne controlli l'esecuzione.

Nelle definizioni di subappaltatore e intermediario non sono ricomprese le opere e i servizi che vengono prestati in maniera occasionale. Il concetto di opera o servizio occasionale non comprende il lavoro stagionale, che viene invece disciplinato dalle norme generali (articolo 2). Qualunque datore di lavoro o imprenditore che utilizzi subappaltatori, intermediari o somministratori di manodopera ha diritto ad essere informato dagli stessi circa la quantità e lo stato di adempimento degli obblighi lavorativi, previdenziali, così come di quelli relativi alla protezione in caso di infortuni sul lavoro e malattie professionali, che gli stessi hanno nei confronti dei loro lavoratori (articolo 4).

Gli obblighi previdenziali nei confronti del lavoratore assunto comprendono i contributi speciali di previdenza sociale (datoriali e personali) (articolo 7).

2.4. Argentina

Da parte sua, l'Argentina presenta, all'interno del proprio ordinamento giuridico, la legge n. 20744 relativa alla disciplina del contratto di lavoro. Questa legge regola, in generale, i contratti di lavoro, e comprende le disposizioni relative al subappalto. I lavoratori che siano stati assunti da terzi in vista di una somministrazione ad altre imprese, sono considerati dipendenti diretti del soggetto che ne utilizza la prestazione.

In questo caso, e indipendentemente dall'atto o accordo che a tal fine venga stipulato, i terzi che assumono i lavoratori e l'impresa in favore della quale questi ultimi prestano o hanno prestato servizi, risponderanno in solido di tutti gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro o dal regime di previdenza sociale (articolo 29).

Il datore di lavoro che impieghi lavoratori mediante un'agenzia di somministrazione di manodopera temporanea abilitata dall'autorità competente, sarà, assieme ad essa, responsabile in solido nei loro confronti per tutti gli obblighi connessi al lavoro, e dovrà trattenere, dai pagamenti che effettui all'agenzia di somministrazione di manodopera temporanea, i contributi per gli organismi della previdenza sociale, da versare entro il termine. Il contratto collettivo si applica anche al lavoratore assunto attraverso un'agenzia di servizi temporanei, lavoratore che sarà inoltre rappresentato dal sindacato e protetto dal sistema assicurativo sanitario proprio dell'attività che svolge, o della categoria di appartenenza all'interno dell'impresa in cui effettivamente lavora (articolo 29-bis).

La responsabilità del datore di lavoro di controllare l'adempimento degli obblighi da parte dei cessionari o dei subappaltatori nei confronti di ciascuno dei lavoratori che prestino servizio, non potrà essere delegata a terzi. L'inadempimento di qualcuno dei requisiti renderà il datore di lavoro responsabile in solido per gli obblighi che i cessionari, appaltatori o subappaltatori hanno nei confronti del personale occupato nella prestazione di quei lavori o servizi, e derivanti dal rapporto di lavoro,

compresa la sua estinzione, nonché dagli obblighi connessi alla previdenza sociale (articolo 30).

Ogni qualvolta una o più imprese, anche con personalità giuridica propria, si trovino sotto la direzione, il controllo o l'amministrazione di altre imprese, ovvero siano in qualche modo collegate al punto da costituire un gruppo economico di carattere permanente, ciascuna impresa sarà, ai fini degli obblighi contratti da ciascuna nei confronti dei propri lavoratori e degli organismi di previdenza sociale, responsabile in solido nei casi in cui siano state realizzate operazioni fraudolente o temerarie (articolo 31).

I lavoratori assunti dagli appaltatori o intermediari avranno diritto ad esigere dall'imprenditore principale in solido, per il quale tali appaltatori o intermediari prestino servizi o realizzino opere, la trattenuta dei pagamenti che a questi ultimi dovrebbero essere corrisposti, consentendo in tal modo di pagare ai lavoratori l'importo dovuto come retribuzione, ovvero tutti gli altri diritti suscettibili di valutazione economica che derivino dal rapporto di lavoro (articolo 136).

2.5. Colombia

In Colombia, il decreto n. 24/1998 disciplina l'esercizio dell'attività delle agenzie di servizi temporanei. Il primo articolo fissa una serie di definizioni fondamentali:

- agenzia di servizi temporanei. Trattasi dell'agenzia che stipula il contratto, avente ad oggetto la prestazione di servizi, con terzi beneficiari al fine di collaborare temporaneamente allo sviluppo delle loro attività, mediante prestazioni svolte da persone fisiche assunte direttamente dall'agenzia di servizi temporanei la quale, rispetto ad esse, rappresenta il datore di lavoro;
- lavoratori dell'agenzia di servizi temporanei. Si dividono in due categorie: quelli che lavorano presso lo stabilimento e quelli in missione. I primi sono quei lavoratori che svolgono la propria attività alle dipendenze dell'agenzia di servizi temporanei, mentre i secondi sono quelli inviati dall'agenzia presso le imprese utilizzatrici affinché lì svolgano il lavoro o compito concordato con quest'ultime. L'agenzia di servizi temporanei rivestirà sempre il carattere di datore di lavoro sia per i

lavoratori che prestano la propria attività presso lo stabilimento, sia per quelli in missione.

La previdenza sociale nella sua interezza (salute, pensioni e rischi professionali), per quanto riguarda i lavoratori in missione, è responsabilità dell'agenzia di servizi temporanei, senza che ciò faccia tuttavia venir meno gli obblighi che per legge, o per altre disposizioni legislative complementari, siano assegnati alle imprese utilizzatrici in questa stessa materia (articolo 4).

Dalla disciplina legislativa sulle agenzie di servizi temporanei rimangono escluse le agenzie che prestano servizi diversi dall'invio di lavoratori in missione, come ad esempio quelle di fornitura alimentare o quelle che realizzano lavori di pulizia (articolo 5).

L'agenzia di servizi temporanei dovrà presentare una garanzia innanzi al Ministero del lavoro e della previdenza sociale, e risultare adempiente agli obblighi amministrativi contemplati negli articoli 8-12 del decreto in oggetto.

Ai sensi dell'articolo 13, le imprese utilizzatrici delle agenzie di servizi temporanei potranno stipulare contratti con queste ultime solo nei seguenti casi:

- 1) quando si tratti dei lavori occasionali e transitori cui fa riferimento l'articolo 6 del *Código Sustantivo del Trabajo*;
- 2) quando sia necessario sostituire personale in ferie, in permesso, in malattia o in maternità;
- 3) per ottenere incrementi nella produzione, nel trasporto, nella vendita dei prodotti o merci, nei periodi stagionali di coltura e nella prestazione di servizi, per un periodo di 6 mesi prorogabile per un massimo di ulteriori 6 mesi.

All'impresa utilizzatrice è fatto divieto stipulare un contratto per la prestazione di servizi temporanei con un'agenzia sprovvista dell'autorizzazione rilasciata dalla Vicedirezione dei servizi e gestione dell'impiego (articolo 16).

Il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, attraverso la Vicedirezione tecnica dei servizi e gestione dell'impiego, con decisione motivata, autorizzerà il funzionamento delle agenzie di servizi temporanei che soddisfino i requisiti previsti dalla legge (articolo 17).

L'articolo 19 stabilisce le cause delle sanzioni che saranno irrogate dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale, attraverso i competenti funzionari delle direzioni regionali, alle persone o imprese che:

- a) svolgano l'attività di agenzia di servizi temporanei senza la relativa autorizzazione;
- b) stipolino contratti per servizi temporanei con imprese non autorizzate a svolgere questa attività;
- c) risultino inadempienti a qualunque degli obblighi contenuti nel presente decreto e nella legge, sempre che non siano causa di sospensione o cancellazione.

La Vicedirezione dei servizi e gestione dell'impiego della Direzione tecnica del lavoro presso il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, applicherà la sanzione, nei casi indicati all'articolo 20, della sospensione dell'autorizzazione al funzionamento, all'agenzia di servizi temporanei e sue succursali.

Nei casi enumerati all'articolo 21, invece, la Vicedirezione dei servizi e gestione dell'impiego della Direzione tecnica del lavoro presso il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, sopprimerà del tutto l'autorizzazione al funzionamento dell'agenzia di servizi temporanei.

3. Il divieto costituzionale di subappalto

Tra tutte quelle sin qui considerate, si distingue la disciplina costituzionale ecuadoriana, la quale del tutto vieta il subappalto. In effetti, nel preambolo al *Mandato Constituyente* n. 8 si segnala che:

la terziarizzazione di servizi complementari, l'intermediazione di lavoro generalizzata e l'appalto ad ore integrano delle modalità di rapporto di lavoro che violano i diritti dei lavoratori e i principi di stabilità, di equa retribuzione, di organizzazione sindacale e contrattazione collettiva; [...] molte imprese di intermediazione che terziarizzano, ed altre che agiscono ai margini della legge, complici di certe imprese utilizzatrici, hanno sistematicamente violato i diritti dei lavoratori, pagando loro retribuzioni e prestazioni sociali più basse rispetto a quelle cui sarebbero obbligate per legge, sino addirittura a disumanizzare il lavoro, trasformando di fatto la forza lavoro in mera mercanzia [quinto e ottavo considerando].

Viene dunque abolita e vietata la terziarizzazione, l'intermediazione di lavoro ed ogni altra forma di precarizzazione dei rapporti di lavoro nelle attività di cui si occupano l'impresa o il datore di lavoro. Il rapporto di

lavoro sarà diretto e bilaterale tra il lavoratore e il datore di lavoro (articolo 1).

L'articolo 2 di tale mandato vieta i contratti di lavoro ad ore.

Si potranno stipulare contratti con persone fisiche o giuridiche autorizzate dal Ministero del lavoro e dell'occupazione a svolgere attività complementari, e il cui scopo esclusivo sia la realizzazione di attività quali: vigilanza, sicurezza, forniture alimentari, pulizia, spedizioni, che siano estranee alle attività proprie del processo produttivo dell'utilizzatrice (articolo 3).

Nei contratti cui fa riferimento il precedente articolo 3, il rapporto di lavoro si instaurerà tra i prestatori di attività complementari e il personale assunto nei termini di legge, senza che ciò implichi il venir meno della responsabilità solidale della persona a cui beneficio si svolga il servizio (articolo 4).

La retribuzione pattuita nel contratto di lavoro stipulato tra l'impresa che si occupa delle attività complementari e ciascuno dei suoi lavoratori, non dovrà mai essere inferiore al minimo salariale stabilito in base all'attività svolta o alla categoria occupazionale di appartenenza (articolo 5). Tali contratti di lavoro devono essere obbligatoriamente stipulati in forma scritta e registrati entro i 30 giorni successivi alla loro sottoscrizione, presso il Ministero del lavoro e dell'occupazione.

È nulla qualunque clausola finalizzata ad impedire che il prestatore di attività complementari venga assunto direttamente dall'impresa utilizzatrice sulla base di una distinta modalità contrattuale.

Le imprese di attività complementari e le utilizzatrici non possono, tra di loro, essere società madri, filiali, sussidiarie o collegate, né possedere partecipazioni o intrattenere rapporti societari di alcun tipo (articolo 6).

L'impresa utilizzatrice del settore privato che stipuli un contratto con una persona giuridica affinché svolga le attività complementari, assumerà i lavoratori direttamente come proprio personale e sarà considerata a tutti gli effetti il datore di lavoro del lavoratore, vincolo che sarà disciplinato dalle norme del *Código del Trabajo*.

Nelle disposizioni generali si stabilisce che, per le imprese del settore strategico pubblico, i servizi tecnici specializzati che tali imprese richiedano, potranno essere assunti secondo le regole del diritto civile. I lavoratori delle imprese di servizi tecnici specializzati, saranno ad esse legati da un vincolo diretto e bilaterale e saranno soggetti alle disposizioni del *Código del Trabajo*.

Si potranno assumere secondo le regole del diritto civile servizi tecnici specializzati estranei alle attività proprie e ordinarie dell'impresa utilizzatrice, come quelli di contabilità, pubblicità, consulenza, revisione, consulenza giuridica e di sistema, tra gli altri, che saranno prestati da persone fisiche o giuridiche che dispongano di personale proprio e di adeguate infrastrutture fisica e struttura organizzativa, amministrativa e finanziaria. Il rapporto di lavoro sarà diretto e bilaterale tra i prestatori di servizi tecnici specialistici e i loro lavoratori.

Attorno alla legislazione dell'America Latina sono stati individuati in modo sistematico gli aspetti essenziali dei fenomeni triangolari nei rapporti di lavoro ⁽³⁾:

- le attività in cui si è soliti ricorrere al subappalto;
- i requisiti esigibili affinché possano utilizzarsi il subappalto, l'intermediazione e la somministrazione di manodopera;
- le modalità dei rapporti triangolari e la determinazione della figura del datore di lavoro;
- gli strumenti normativi che disciplinano i rapporti triangolari;
- l'esistenza o meno di una definizione legale in materia di subappalto, intermediazione e somministrazione di manodopera;
- il tipo di responsabilità attribuita al datore di lavoro che sottoscrive un contratto con intermediari, subappaltatori e agenzie somministratrici di manodopera;
- l'esistenza e la validità temporale della responsabilità datoriale;
- la frode come fondamento della responsabilità datoriale;
- la definizione del dovere, in capo al datore di lavoro, di controllo circa il rispetto degli obblighi di lavoro e di previdenza sociale da parte del subappaltatore, intermediario, o somministratore di manodopera;
- la trattenuta dei pagamenti per evitare l'inadempimento dei crediti di lavoro.

Nel caso del Messico, se è vero che la *Ley Federal del Trabajo* in materia di diritti sostanziali è rimasta immutata dagli anni Settanta ⁽⁴⁾, è però anche vero che la giurisprudenza, a fronte dell'inerzia del legislatore, ha svolto un ruolo molto importante in materia, aspetto che verrà trattato nelle pagine a seguire.

⁽³⁾ Cfr. Ó. ERMIDA URIARTE, N. COLOTUZZO, *Descentralización, tercerización, subcontratación*, Oficina Internacional del Trabajo, 2009, 41-67.

⁽⁴⁾ Fatta eccezione per le riforme in materia di formazione, istruzione e lavoro nelle università.

Capitolo V

Il subappalto in Messico

1. Premessa

Il Messico, al pari di tutti gli altri Paesi dell'America Latina, ha attuato, a partire dagli anni novanta, diverse riforme in materia economica; tuttavia, il modello di relazioni industriali continua immutato. Nonostante i molteplici tentativi del Governo di modernizzare il diritto del lavoro, nessuna riforma è stata portata a termine fino al 30 novembre 2012 (*infra*, cap. VI). Ciò nonostante, negli ultimi quarant'anni, il mercato del lavoro è divenuto più flessibile, mediante un'attenuazione della stabilità del posto di lavoro. Ad esempio, si calcola che, in media, una persona dell'area urbana messicana conservi il proprio posto di lavoro per un periodo di 5,8 anni. Il relativo dato per l'America Latina e i Caraibi è di 6,6 anni, mentre la media per l'Europa ammonta a 10,6 anni ⁽¹⁾.

Un altro elemento indice dell'esistenza di un mercato del lavoro flessibile in Messico è dato dall'esternalizzazione dei rapporti di lavoro attraverso l'assunzione di un terzo per lo svolgimento di un'attività del processo produttivo all'interno o all'esterno dell'impresa beneficiaria. Trattasi di un fenomeno presente in Messico da diversi decenni, a prescindere dalla riforma della *Ley Federal del Trabajo* (LFT).

Nel caso messicano sono stati altresì segnalati quelli che sono gli aspetti positivi dell'esternalizzazione per le imprese come, ad esempio, la

⁽¹⁾ E. FRANCO, *Reforma Económica, Productividad y Mercado Laboral en América Latina: Un estudio comparativo de Argentina, Costa Rica, México y Perú*, Oficina Internacional del Trabajo, 2006, in www.ilo.org.

possibilità di ridurre le spese e controllare i costi di gestione, fare affidamento su servizi di informazione rapida e, inoltre, poter disporre di personale altamente qualificato e specializzato, per poter così contare su competenze specifiche per l'azienda. È stato inoltre osservato come questo schema renda più funzionale l'impresa e, di conseguenza, ne aumenti la capacità di adattamento ai cambiamenti del mercato. Tutto ciò si traduce in maggiore flessibilità aziendale.

Tra i vantaggi e gli svantaggi che in materia di subappalto la Cámara Nacional de la Industria de Transformación (Canacintra) e la sua Comisión de Subcontratación hanno individuato, si evidenziano ⁽²⁾:

Opportunità

- 1) Rafforzare i processi, l'interdipendenza e la complementarietà tra le imprese
- 2) Sostituire le importazioni
- 3) Consentire una maggiore integrazione delle imprese di piccole dimensioni nei processi di produzione e assemblaggio dei beni
- 4) Alternativa idonea per continuare ad operare e iniziare ad introdursi nel mercato internazionale, sia in forma diretta che indiretta
- 5) Miglioramento della qualità

Ostacoli

- 1) Difficoltà per le micro e piccole e medie imprese ad essere incorporate nel sistema di subappalto per
 - a) mancanza di conoscenza dei mercati
 - b) bassa qualità dei prodotti dei subappaltatori
 - c) mancanza di finanziamento
 - d) scarsa capacità tecnica
 - e) mancato rispetto dei termini di consegna
 - f) mancanza di un'adeguata gestione aziendale
- 2) Incremento dei costi di produzione. Se con il subappalto si paga di più, i costi aumentano
- 3) Informalità nei tempi di consegna
- 4) Cattiva qualità dei prodotti

⁽²⁾ A. GARCÍA, L. MERTENS, R. WILDE, *Procesos de subcontratación y cambios en la calificación de los trabajadores. Estudios de caso en México*, Naciones Unidas, 1999, in www.eclac.org.

In tal modo, così come in altre parti del mondo, molte delle attività che fino a pochi anni fa venivano realizzate all'interno di un'impresa, come parte della propria organizzazione aziendale, vengono ora esternalizzate. In questo schema è possibile individuare un numero crescente di attività diverse tra loro, come ad esempio: sistemi finanziari e contabili, marketing (attraverso vari meccanismi come i call center o il telemarketing), diversi processi e attività connessi alle risorse umane e ai sistemi di amministrazione, vigilanza dell'azienda, organizzazione di eventi, trasporti, processo di calcolo delle buste paga, contabilità generale e finanziaria, risorse umane e assunzione, procedure di calcolo per pagamenti e fatture, servizi tecnologici, ecc.

Tra i vantaggi offerti dalle imprese che prestano servizi di subappalto, è possibile menzionare quelli che indicano la possibilità di ridurre del 40-50% i costi di un processo produttivo o di una parte di esso. Gli ambiti economico-produttivi in cui si è assistito ad una loro proliferazione sono stati, tra gli altri: auto, energia, servizi pubblici, salute, manifattura, telecomunicazione e intrattenimento.

Sebbene non vi siano dati certi, da alcuni studi emerge che una cifra variabile dai 2,4 ai 4 milioni di lavoratori in Messico lavori secondo questo schema, e che tale mercato valga circa 700 milioni di dollari, mentre altri studi segnalano che rientrano in questo schema il 10% dei lavoratori messicani. Negli studi di caso e in quelli regionali le cifre cambiano come dimostra, ad esempio, il caso di Quintana Roo, da cui emerge come il 20% dei lavoratori nel settore dei servizi e alberghiero sia assunto in base a questa forma contrattuale (il subappalto) ⁽³⁾.

Il subappalto presenta diverse caratteristiche interessanti, tra cui si distinguono le seguenti: innanzitutto, uno dei problemi ricorrenti quando si parla di questo tema è, senza dubbio, quello relativo al suo concetto. Molteplici sono le ragioni alla base di questa difficoltà: in primo luogo, il fatto che, nel contesto messicano, la parola *outsourcing* o *subappalto* non rimanda giuridicamente ad alcun significato concreto; si tratta di un anglicismo utilizzato da amministratori delegati, economisti e anche dai sociologi, ma che è privo di una concettualizzazione giuridica formale, il che rende difficile, da un punto di vista giuridico, avvicinarsi alla sua comprensione e interpretazione, difficoltà che si aggiunge a quella di

⁽³⁾ Si veda l'articolo di C. GÓMEZ MENA, *Creció 300% número de empresas que subcontratan trabajadores*, in *La Jornada*, 11 ottobre 2007, 34.

definirne i tratti per l'impossibilità di descrivere con facilità ciò che i classici denominavano come sua "natura giuridica".

Questa mancanza di legalità nella concettualizzazione trascende il mero esercizio intellettuale e incide sull'analisi della pratica che s'intende realizzare, giacché, in mancanza di una chiara identificazione del fenomeno oggetto di studio, in un termine tanto ambiguo come è quello di "subappalto", finiscono per rientrare varie accezioni, ognuna delle quali può essere diversa. Inoltre, non solo la concettualizzazione e l'analisi del tema risentono di questa situazione ma, fatto ancora più grave, ne risentono anche i tentativi legislativi di regolamentazione del tema, nei quali si avverte costantemente questa mancanza di nitidezza nelle analisi e valutazioni, che inevitabilmente porta a proposte legislative poco chiare.

Come già evidenziato nella parte concettuale del presente studio, esistono vari termini, più o meno appropriati, associati al subappalto, tra cui "terziarizzazione", "subappalto", "esternalizzazione", "delocalizzazione", che a volte coincidono e si riferiscono al tema, mentre in altre occasioni se ne discostano. Ad esempio, nel caso di "terziarizzazione", si pone l'accento sulla partecipazione di un "terzo", che può essere un'azienda che offre servizi, in un rapporto che tradizionalmente era bilaterale (il rapporto di lavoro). Tuttavia, il termine mostra i suoi limiti nei casi in cui la partecipazione di questo soggetto terzo non sia né omogenea né la sola, ma assuma invece diverse forme. Dall'altro lato, con il termine "subappalto" si cerca di mostrare, utilizzando una terminologia propria del diritto civile, la possibilità che alcune delle attività di un'impresa vengano "delegate" o "poste a carico di" un'altra impresa; in questo modo, sotto la copertura del diritto privato, non emerge il modo in cui nascono o si estinguono, in questi casi, i diritti connessi al lavoro. E ancora, con il termine "esternalizzazione" si intende porre l'enfasi su uno degli aspetti che maggiormente caratterizzano il subappalto, e cioè sul fatto che, letteralmente, parte dei processi produttivi che realizzava un'impresa "esce" o "viene tolta" dallo spazio fisico dell'azienda. Tuttavia, analizzando più nel dettaglio come operano le diverse tipologie del subappalto, nel migliore dei casi è possibile affermare che l'esternalizzazione può di fatto essere riferita ad una sola tipologia giacché, oggigiorno, in molti casi, non vi è trasferimento o cambiamento dello spazio fisico in cui si esegue e realizza il rapporto di lavoro.

Da quanto è possibile osservare, nella maggior parte dei casi si tratta di termini esemplificativi che si riferiscono a situazioni specifiche o che, in un determinato luogo e momento (Europa ad esempio), svolgono una determinata funzione. Considerarli sinonimi non fa che aumentare il livello di confusione concettuale che già esiste attorno a questo tema.

Nella maggior parte dei casi siamo di fronte ad una situazione in cui l'impresa trasferisce in tutto o in parte, attraverso un determinato meccanismo, un processo produttivo ad un'altra impresa giuridicamente diversa da quella iniziale, affinché realizzi il lavoro commissionato. Generalmente, esistono due possibilità: la prima è quella in cui l'impresa contrattata mantiene il proprio personale per svolgere le prestazioni oggetto del contratto, mentre la seconda è quella in cui la nuova impresa accoglie i lavoratori che già stavano realizzando il processo trasferito. In questo caso, un'impresa prende contatto con altra impresa specializzata in un particolare processo, trasferendole, in via temporanea o definitiva, i lavoratori affinché portino a termine una determinata attività. I lavori possono essere svolti o meno negli stabilimenti dell'impresa utilizzatrice. Il problema fondamentale, ogni qualvolta il lavoro venga delocalizzato, esternalizzato o subappaltato, ha a che vedere molto spesso con la mancanza di chiarezza circa il modo in cui vengono protetti e salvaguardati i diritti dei lavoratori coinvolti, problema di fronte al quale, almeno nel caso messicano, il quadro giuridico vigente mostra i suoi limiti.

Talvolta, poi, l'argomento viene affrontato da un punto di vista macroeconomico, e in quest'ottica alcuni esperti hanno evidenziato che «l'outsourcing consiste, essenzialmente, in schemi di integrazione tra compagnie e nazioni che avvengono attraverso la decentralizzazione e la scomposizione della produzione di beni e servizi» ⁽⁴⁾. In altri casi si afferma che è possibile

delegare, a medio o breve termine, uno o più processi non strategici per l'impresa a un terzo specializzato, con l'obiettivo di conseguire una maggiore efficienza trasferendo i rischi a un terzo che possa dare garanzie di esperienza, integrità, responsabilità, impegno e serietà in quell'ambito ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Cfr. L. OPALÍN CHMIELNISKI, *Subcontratación y outsourcing: procesos inherentes de la globalización*, in *Contaduría Pública*, 2007, n. 7, 15.

⁽⁵⁾ Cfr. C. ARÉVALO, *El futuro del outsourcing*, in *Contaduría Pública*, 2007, n. 7, 40.

Per altri, invece, l'outsourcing

consiste in un processo di ristrutturazione dei rapporti di produzione e delle prassi aziendali in cui si esternalizzano attività che non rientrano tra quelle principali. Nel complesso di questi cambiamenti, si delegano a terzi principalmente quei servizi che precedentemente venivano realizzati dal personale assunto direttamente dall'impresa. Tra questi vi sono i servizi di pulizia, sicurezza, caffetteria e trasporto ⁽⁶⁾.

Come si può vedere, in molti di questi tentativi di descrivere e concettualizzare il subappalto, una delle costanti è l'idea secondo cui siamo di fronte ad un meccanismo mediante il quale si arriva a separare o allontanare parte dell'attività di un'impresa e dei suoi processi produttivi o attività di lavoro, che fino a qualche anno fa si consideravano normali. Tuttavia, vale la pena insistere sul fatto che la caratteristica di questo "allontanamento" di una parte del processo produttivo, non sempre è un segno distintivo del subappalto, giacché molto spesso le prestazioni si eseguono contemporaneamente e nello stesso luogo dell'impresa che ne sta beneficiando. Da ciò deriva che, probabilmente, in molti casi, l'aspetto connesso alla lontananza fisica di parte di un processo produttivo è stato solo uno degli elementi distintivi del subappalto, che ancora oggi continua ad essere menzionato, ma solo a livello formale (nei contratti e negli altri documenti legali), non più nella realtà dei fatti.

Nel caso del Messico, già da diversi anni si assiste a un dibattito circa l'importanza e l'impatto del subappalto, e sulle possibili opzioni di regolazione dello stesso, nonostante in questo Paese non sia stato ancora concettualizzato con chiarezza. Così, ad esempio, dall'ambito accademico vengono segnalate le difficoltà che questo fenomeno rappresenta per la vigente legislazione del lavoro. Allo stesso modo, come già si è avuto modo di notare, concettualmente rappresenta una sfida, sia perché non è possibile ricomprendere il subappalto nel rapporto di subordinazione classico proprio del diritto del lavoro, o anche perché forse, semplicemente, il subappalto implica una catena di responsabilità giuridiche tra coloro che partecipano a questo tipo di rapporto triangolare.

⁽⁶⁾ R. FRESSMANN, *Subcontratación de mano de obra en México. Reglamentación legal y realidad sociopolítica*, Friedrich Ebert Stiftung, 2005, 11, in www.fes.de.

Partendo dunque da questa premessa generale, in questa parte del presente studio di cercherà di presentare, sinteticamente, le diverse angolazioni dalle quali il sistema giuridico messicano affronta il tema del subappalto, con il fine non solo di evidenziare la complessità giuridica che pone un argomento come questo, ma anche di proporre uno schema completo di analisi giuridica dello stesso. Secondo questa linea, si parlerà della regolazione del subappalto nell'ambito del diritto del lavoro (§ 2), del subappalto all'interno del diritto del lavoro normato (§ 3) e del ruolo della giurisprudenza per segnalare gli esiti della legislazione in materia di subappalto (§ 4). Si parlerà poi anche del ruolo svolto dagli istituti di previdenza sociale (§ 5) e infine di come lo Stato ha affrontato il tema attraverso le proprie politiche pubbliche (§ 6).

2. Il subappalto nell'ambito del diritto del lavoro

La storia del diritto del lavoro è in una misura la storia di un settore dell'ordinamento giuridico che vive nella ricerca costante di cogliere e regolare fenomeni che vengono presentandosi nella realtà dell'economia e dei centri di lavoro, per assegnare agli stessi una posizione formale all'interno dell'ordinamento giuridico; è ciò che accadde, storicamente, con istituti basici del mondo del lavoro, come il rapporto di lavoro e lo sciopero, per fare solo due esempi. Oggi la normativa del lavoro si trova, ancora una volta, di fronte ad una nuova sfida, che è quella di provare a occuparsi e conferire un quadro giuridico al fenomeno del subappalto, la cui capacità di adattamento e flessibilità sono messi alla prova.

Il Messico si trova in ritardo, giacché molti sono i Paesi che negli ultimi anni si sono attivati per la costruzione di un modello di regolazione del subappalto sotto diversi punti di vista; tra queste Nazioni, almeno per quanto riguarda l'America Latina, è possibile menzionare Uruguay, Brasile, Cile, Argentina, Perù, Ecuador e Colombia ⁽⁷⁾.

Il quadro giuridico messicano che dovrebbe regolare il fenomeno del subappalto è ampio e, con il passare degli anni, è divenuto sempre più complesso, proprio perché non ne sono state definite le caratteristiche e

⁽⁷⁾ Cfr. L. BUENO RODRÍGUEZ, M. DEAN (a cura di), *Outsourcing (tercerización). Respuestas desde los trabajadores*, Centro de Investigación Laboral y Asesoría Sindical, 2009, in www.matteodean.wordpress.com.

la portata giuridica; ad oggi, sono molte le aree giuridiche nelle quali possono trovarsi ramificazioni coinvolte in questo tema, le quali vale la pena scomporre, per provare ad identificare, in ciascuna di esse, il collegamento con il tema oggetto della nostra analisi.

2.1. Il diritto costituzionale

Nell'ambito della Costituzione, esistono vari articoli che riguardano in modo specifico i rapporti tra lavoratori e datori di lavoro. Tra questi si distingue l'articolo 123, il quale fissa una serie di garanzie minime in favore dei lavoratori che siano parte di un rapporti di lavoro, senza però occuparsi della situazione lavorativa in cui si trovano coloro che sono coinvolti in fenomeni di subappalto, almeno non in modo chiaro e diretto. Potrebbe ammettersi, tutt'al più, che tra quelle disposizioni ve ne sia qualcuna che, in modo indiretto, possa considerarsi applicabile al subappalto.

La *fracción* XXV dell'articolo 123, comma A, fa riferimento al «servizio di collocamento dei lavoratori», il quale potrà essere realizzato da istituzioni tanto pubbliche quanto private. Come già segnalato nelle pagine anteriori, quest'idea ha a che vedere più con la figura dell'intermediazione, che è regolata dalla legge di regolamentazione della Costituzione e che molto spesso può apparire come parte di un rapporto di lavoro dalle caratteristiche del subappalto; tuttavia, come già si indicava, non deve confondersi con un rapporto di lavoro, e ciò in quanto non ne fa parte.

La *fracción* XXVII, lettera *h*, segnala che saranno condizioni nulle e non vincoleranno i contraenti, anche se stabilite nel contratto, quelle che «implichino la rinuncia di un qualunque diritto consacrato a favore del lavoratore nelle leggi di protezione e assistenza dei lavoratori». Occorre precisare che quando la Costituzione parla di condizioni nulle, fa riferimento a quelle espressioni che possano trovarsi nei contratti di lavoro, e non nei contratti di diritto civile che siano in qualche modo relazionati con i temi del lavoro. Il divieto di inserire condizioni che comportino una qualche rinuncia a diritti, per quanto astratta, riveste un'importanza sostanziale, giacché deve fungere da guida a fronte di un'eventuale regolazione del lavoro sul subappalto, così come da argomento fondamentale in una causa innanzi ai tribunali del lavoro, in

cui si cerchi di compromettere i diritti dei lavoratori mediante contratti che si intendano presentare come di diritto civile, ma che in realtà celino nuove modalità di lavoro, o di prestazione personale di lavoro, in regime di subappalto.

2.2. Il diritto civile

Negli ultimi anni, affrontare questo tema, per i giuristi, vuol dire indirizzare automaticamente il dibattito sul terreno del diritto sociale (diritto del lavoro, previdenza sociale, diritto a un'abitazione, ecc.), ed eccezionalmente su quello fiscale; tuttavia, vorremmo sottolineare da subito che il subappalto, considerato quale schema di rapporto tra imprese, ha un'origine anche formale, della quale poco si parla e attraverso cui viene creato ed instaurato uno schema di siffatta natura tra imprese; in effetti, stiamo parlando del contratto civile mediante il quale un'impresa si impegna a realizzare un servizio nei confronti di un'altra impresa, la quale accetta e si impegna a sua volta a corrispondere un determinato corrispettivo per il suddetto servizio, il che rappresenta il primo passo della costruzione di uno schema di subappalto tra imprese.

È sul terreno delle norme di diritto civile che si colloca il subappalto, spazio in cui le imprese formalizzano i loro accordi. A tal fine, generalmente, si ricorre alla figura del contratto di servizi professionali tra imprese, regolato in via generale dal *Código Civil Federal* all'articolo 2606 nel caso del Distrito Federal (DF). Si tratta di un contratto attraverso cui «una persona, definita professionista o professore, si obbliga a prestare determinati servizi che richiedono preparazione tecnica e a volte un titolo professionale, ad altra persona, definita cliente, che si obbliga a corrispondere una determinata retribuzione definita onorario»⁽⁸⁾.

Siamo dunque a tutti gli effetti nel terreno del diritto privato, in cui gli spazi lasciati all'autonomia della volontà delle parti sono ampi, tanto che s'è detto che tutto ciò che pattuiscono le parti in quest'ambito sarà legge per le stesse, giacché il contratto ha forza di legge tra le parti.

Il contratto di servizi professionali, tuttavia, così come segnala il *Código Civil Federal*, sembrerebbe far riferimento ad una persona fisica, posto che si parla di un professionista o di un professore. Il fatto stesso di

⁽⁸⁾ Cfr. R. SÁNCHEZ MEDAL, *De los contratos civiles*, Porrúa, 1978, 283.

utilizzare la parola “professore” come sinonimo di professionista, conferma l’intenzione del legislatore di far riferimento ad una persona fisica.

Ciononostante, il contratto di servizi professionali è stato utilizzato, nel caso messicano, per regolare la prestazione di subappalto. Il contratto può assumere diverse modalità, ad esempio, può consistere nel fornire risorse umane conformemente ad un profilo o caratteristiche specifiche di un’impresa, oppure nello svolgimento di una parte concreta di un processo produttivo, o ancora, nella realizzazione – con risorse proprie, tanto umane quanto materiali – di quel processo, ecc. Quanto al contenuto normativo del contratto, rivestono particolare importanza gli accordi che possono raggiungere le parti contraenti sui diritti del lavoro propri dei lavoratori coinvolti nell’adempimento del contratto. Tra questi accordi vi è ad esempio quello in base al quale l’impresa che offre il servizio possa, in determinate circostanze, assumere la qualità di datore di lavoro nei confronti dei lavoratori anche quando questi svolgano il lavoro sotto la supervisione diretta e tangibile dell’impresa alla quale si offre il servizio, trasgredendo in tal modo alle regole su cui si fonda il concetto storico di rapporto di lavoro. E ancora, in questo contratto può stabilirsi, anche se non sempre è possibile, chi assumerà determinati obblighi, come ad esempio il pagamento dei contributi alla previdenza sociale e all’Istituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit), Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR), ecc. Al rispetto, è interessante constatare come, in varie occasioni, si verifichi uno schema di simulazione, giacché, se è vero che nel contratto di diritto civile l’impresa alla quale si offrono i servizi può impegnarsi a pagare detti contributi come parte del costo dei servizi oggetto del contratto, è anche vero però che generalmente il pagamento viene effettuato dall’impresa che sta offrendo il servizio nella sua qualità di “datore di lavoro” dei lavoratori. Allo stesso modo, uno degli aspetti maggiormente attrattivi di questo contratto risiede nel fatto che l’impresa che offre il servizio può assumere l’impegno di liberare il cliente da qualsivoglia contingenza di natura lavoristica, comprese le cause innanzi ai tribunali del lavoro che possano avanzare i lavoratori coinvolti nel servizio che si offre; in alcuni casi, vi è addirittura l’impegno a restituire all’impresa che usufruisce dei servizi le somme che possano essere state spese per effetto di simili contingenze. In altre occasioni, il contratto di servizi professionali viene accompagnato da una serie di regole che l’impresa

che utilizza il servizio deve osservare nei confronti dei lavoratori che prestino la propria attività secondo questa modalità, ad esempio, codici di condotta, forme e formati per le sanzioni (compresa la possibilità del licenziamento), modalità per le istruzioni e istruzioni su ciò che si deve e non deve fare e dare ai lavoratori, ecc.

Una menzione a parte merita l'aspetto relativo all'anzianità dei lavoratori coinvolti in uno schema di subappalto, e ciò in quanto è di estrema importanza sapere si tratta della modalità con cui i lavoratori già prestavano la propria attività presso l'impresa che appalta i servizi e dunque viene soltanto formalizzato un nuovo contratto con loro, pur continuando gli stessi a lavorare per la medesima impresa: in questo caso l'aspetto dell'anzianità è centrale e riveste una rilevanza enorme, tanto che l'impresa che offre il servizio di subappalto deve manifestare con chiarezza se riceve e assume questi lavoratori con o senza il riconoscimento dell'anzianità per ciascuno di essi. Di fatto, il costo dei servizi professionali può variare in funzione del grado di anzianità dell'organico dei lavoratori che vengono trasferiti al nuovo schema.

Al di là delle clausole riguardanti l'identificazione delle parti, prezzo, durata, ecc., questo tipo di contratti possiede un "nucleo afferente al lavoro" che è privo di controllo giuridico e che si riflette in clausole che hanno ad oggetto il riconoscimento dei diritti del lavoro dei lavoratori coinvolti; ne deriva l'importanza che dette clausole siano tali da consentire il completo rispetto del quadro giuridico del lavoro vigente, lasciando invariati i diritti individuali e collettivi dei lavoratori. In questo modo, ci sembra che un contratto civile di questa natura, almeno per quanto riguarda il nucleo avente ad oggetto il lavoro, non può fungere da meccanismo di evasione o compressione di tali diritti; da ciò deriva che un accordo privato, come un contratto di servizi professionali, se non anche una diversa modalità, non può superare i diritti sociali e costituzionali, e pertanto la sua validità dovrebbe essere limitata quando si presenta innanzi ai tribunali competenti.

Come risulta evidente, si tratta di contratti di carattere civile che, però, hanno un grande impatto sociale, in ragione della diversità degli aspetti extraprivati che toccano. Non bisogna dimenticare che i diritti del lavoro hanno natura pubblica e sociale e che, come recitano i primi articoli della LFT, devono essere rispettate le libertà e la dignità dei lavoratori, oltre a doversi svolgere il lavoro in condizioni tali da assicurare, tra gli altri aspetti, la vita, la salute e un livello economico decoroso. Queste

affermazioni non solo fanno parte dei principi ispiratori della legislazione sul lavoro, ma non possono essere soggette a limitazioni da parte di accordi o contratti di natura privata; la volontà delle parti nei contratti di diritto civile trova il proprio limite nelle norme di ordine pubblico, come quelle sul lavoro. Sebbene non vi sia dubbio che, trattandosi di contratti di servizi professionali, siamo nel terreno del diritto civile, è tuttavia opportuno anche discutere e valutare la possibilità che lo Stato possa svolgere un qualche ruolo in questo ambito contrattuale; le ragioni che giustificano questo intervento sarebbero molte, e una di esse sarebbe che sono in gioco la protezione e il rispetto dei diritti dei lavoratori di ampi settori, quali sono quelli in cui i lavoratori sono soggetti ad un rapporto di lavoro triangolare, non tanto perché vi abbiano consentito, quanto piuttosto per la necessità primaria di avere una fonte di sussistenza.

La possibilità che lo Stato possa “invadere” lo spazio contrattuale privato, non rappresenta una novità, giacché in diversi momenti lo Stato messicano è intervenuto per varie ragioni in settori e temi come quelli dei diritti dei consumatori, o dei diritti all’abitazione passando per la via dei diritti dei locatari, ecc. In altri Paesi, l’intervento dello Stato ha assunto diverse forme, realizzandosi, ad esempio, mediante l’inserimento di requisiti di validità dei contratti, come l’autorizzazione per tali contratti, un registro degli stessi o modalità simili.

L’ultimo concetto che desideriamo esprimere è che non si deve guardare allo spazio dei contratti di servizi professionali aventi ad oggetto il subappalto come uno spazio sacro e intoccabile; al contrario, la libertà contrattuale privata ha sfumature e margini dentro cui quella libertà può esprimersi, senza però mai poter superare il quadro giuridico vigente nel Paese. Sarebbe allora conveniente inserire nel dibattito il tema delle caratteristiche che devono assumere i contratti di natura civile. Come segnalavamo in precedenza, la giurisprudenza, in modo discreto, ha affrontato questo argomento con riferimento ad alcune modalità concrete di subappalto; tuttavia, non si tratta di una posizione che possa estendersi a tutte le modalità.

3. Il subappalto nel diritto del lavoro normato

Risulta indispensabile soffermarsi sui concetti e sulle regole vigenti nella LFT, che hanno a che vedere con il tema del subappalto. Al riguardo, è

necessario studiare le nozioni di lavoratore, datore di lavoro, impresa, intermediario, lavoratore a domicilio, sostituzione del datore di lavoro e contrattazione collettiva.

3.1. Il concetto di lavoratore

Uno dei concetti base a partire dai quali, con il trascorrere del tempo, si è formato il diritto del lavoro, è stato quello di “lavoratore”, figura alla quale sono stati attribuiti, dal punto di vista legislativo, determinati requisiti e caratteristiche i quali, una volta identificati, avrebbero consentito la piena applicazione dello status occupazionale. Tuttavia, il modo in cui oggi tale concetto cardine si presenta nella realtà è cambiato e si è diversificato, permettendo in molti casi la disapplicazione delle norme del lavoro. Bisogna ricordare che l’articolo 8 della LFT definisce il lavoratore come la persona fisica che presta nei confronti di un’altra persona, sia essa fisica o giuridica, un’attività a carattere personale e subordinato. Trattasi di un concetto che è stato integrato dalla giurisprudenza, la quale ha precisato i modi e i termini in cui si manifesta a livello oggettivo la “subordinazione”, quale elemento caratteristico e distintivo del rapporto di lavoro. Tanto la dottrina quanto le altre interpretazioni hanno segnalato che esistono quantomeno due risvolti della subordinazione: dal lato del datore di lavoro, la facoltà di impartire direttive circa le modalità di realizzazione del lavoro; dal lato del lavoratore, la corrispondente obbligazione di rispettare le istruzioni ed obbedire agli ordini impartiti dal proprio datore di lavoro. Tali idee partivano dal presupposto di una situazione caratterizzata dalla presenza di due diversi attori, datore di lavoro e lavoratore, ciascuno dei quali possedeva formalmente ed esercitava concretamente le proprie competenze.

Tuttavia, il subappalto è intervenuto ad alterare quel presupposto in diversi modi, sia introducendo nuovi attori nell’ambito del rapporto di lavoro, sia dando avvio a nuove forme di subordinazione, situazione questa ormai diffusa nella maggior parte dei casi, posto che il riconoscimento formale della stessa, ad esempio all’interno di contratto di lavoro, non sempre coincide con chi la esercita di fatto. È per questo che, di fronte al subappalto, il concetto di “subordinazione” appare limitato,

giacché non include i nuovi modi in cui, nell'epoca attuale, può manifestarsi detta facoltà di impartire ordini e svolgere il lavoro.

Con l'emergere di nuovi fenomeni del lavoro, concetti come quello di subordinazione risultano ormai obsoleti ed antiquati. La vecchia impostazione basata sulla facoltà di impartire ordini a un lavoratore, fornendogli le direttive su come realizzare il proprio lavoro, in momento e in un luogo determinati e in forma diretta, appare oggi una concezione superata, che impedisce all'attuale legislazione di inquadrare in modo chiaro il subappalto, e di definire, in maniera inequivoca, le conseguenze della responsabilità in ambito lavoristico del datore di lavoro ⁽⁹⁾.

3.2. Il concetto di datore di lavoro

Un altro concetto che senza dubbio fa sorgere questioni quando si affronta il tema del subappalto è quello di "datore di lavoro". L'attuale articolo 10 della LFT definisce come datore di lavoro la persona fisica o giuridica che utilizza le attività svolte da uno o più lavoratori. Sebbene storicamente tale definizione legale sia stata accettata e assimilata senza grandi problemi, oggigiorno la sua rilettura conduce invece a porsi dubbi e domande circa la sua portata; ad esempio, il termine "utilizza", che già in sé ha un'accezione negativa, sembrerebbe riferirsi esclusivamente a un rapporto tra due persone, datore di lavoro e lavoratore, senza dunque arrivare a ricomprendere quegli attori (ad esempio un'impresa di subappalto) che in un modo o nell'altro stiano partecipando o siano inseriti nell'utilizzo della forza lavoro.

In effetti, nel rapporto di lavoro tradizionale si considerano soltanto due parti. Il regime dei rapporti di produzione caratteristico del XX secolo fu costruito sulla base della premessa di una relazione e di uno scontro tra, come si dice in Messico, i fattori della produzione, in cui sono ricompresi colui che offre il proprio lavoro e colui che di quel lavoro si serve. Tuttavia, quando quella relazione simbiotica risulta distorta e non più

⁽⁹⁾ Sono solo alcuni degli spunti che impongono di interessarsi ai dibattiti e agli studi circa le diverse tendenze con riferimento al significato di subordinazione. Cfr. A. SÁNCHEZ CASTAÑEDA, *¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?*, in P. KURCZYN VILLALOBOS, C.A. PUIG HERNÁNDEZ (a cura di), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, 767.

nitida, come avviene nel caso del subappalto, il diritto del lavoro mostra tutta la sua fragilità.

In tal caso, così come per il concetto di lavoratore, la figura del datore di lavoro risulta imprecisa, confusa e a volte moltiplicata, se si considera che le funzioni e le caratteristiche che ieri facevano capo ad una singola persona, fisica o giuridica, paiono oggi "diluite" e ripartite tra vari soggetti, nessuno dei quali è portatore della totalità dei requisiti propri del datore di lavoro. Sembrerebbe, dunque, che ancora una volta il diritto del lavoro, almeno in Messico, abbia perso la bussola, mostrando tutte le sue carenze di fronte a datori di lavoro le cui caratteristiche si presentano oggi ripartite tra vari soggetti. Come se si trattasse di una *terra di nessuno*, il timore dei giuslavoristi deriva dal fatto che la normativa esistente e vigente, a fronte dell'esistenza di una molteplicità di possibili responsabili del rapporto di lavoro, non sia in possesso di "antidoti" che ne scongiurino la disapplicazione. Sulla base di tale premessa, sarebbe allora importante discutere della possibilità di procedere verso un nuovo concetto di datore di lavoro o, quantomeno, verso il riconoscimento di modi nuovi in cui il datore di lavoro possa svolgere il proprio ruolo nell'ambito di un rapporto di lavoro.

3.3. Il concetto di impresa

Lo spazio in cui vivono i rapporti di lavoro è quello dell'impresa, ed è su questo terreno che il subappalto, ancora una volta, fa vacillare i concetti tradizionali. Occorre tenere a mente che l'articolo 16 della LFT definisce l'impresa come «unità economica di produzione o distribuzione di beni o servizi». Sembrerebbe che il concetto di impresa, ed invero anche quello di succursale cui fa riferimento la LFT, sia dotato di un significato tangibile ed oggettivo, dal momento che si prova ad identificare una struttura dedicata alla produzione e distribuzione di beni o servizi. Tuttavia, la legge non attribuisce a tale struttura alcun effetto o conseguenza, alla stregua di un'idea che il legislatore ha voluto lanciare, senza però poi darle concretezza nel prosieguo della legge. Oggi il concetto ha senso solo in quanto *discrimen* tra l'impresa e la succursale, mancando detta nozione di un regime giuridico che consenta di coglierne l'importanza: in tal modo, il concetto di impresa, nel quadro legislativo messicano, risulta un concetto tronco ed incompleto.

Nonostante ciò, l'importanza della nozione di impresa può ricercarsi in altri settori della conoscenza, ad esempio, nell'amministrazione d'impresa, in cui l'idea di impresa e di succursale hanno un significato strutturale di grande rilevanza trattandosi di organizzazione dei processi produttivi, e in cui può riscontrarsi o meno la presenza di un subappalto nell'impresa, data la maggior ampiezza dei processi produttivi, idea questa che non trova riflesso nelle norme del lavoro attualmente in vigore e, di conseguenza, risulta priva di un significato chiaro e di una propria definizione formale a livello legislativo.

Siamo dunque di fronte ad un concetto che, pur contemplato dalla LFT, non è stato dotato di un ampio contenuto giuridico, né è stato sufficientemente esplorato dalla dottrina e dalla giurisprudenza messicane.

Concetto che offre un terreno fertile, come si è dimostrato altrove, per l'analisi del subappalto. Almeno in Messico non si è arrivati a studiare l'esatta relazione che intercorre tra il concetto di datore di lavoro e quello di impresa, ed è qui che si potrebbe avanzare in direzione della costruzione di un concetto di impresa che sia tale da includere le nuove situazioni che vanno presentandosi.

3.4. Il concetto di intermediario

Come è noto, esistono intermediari pubblici e privati nell'ambito di un quadro giuridico che fuoriesce dal contesto prettamente lavorativo. La *fracción XXV* dell'articolo 123, comma A, della Costituzione fa riferimento al «servizio per il collocamento dei lavoratori», precisando che sarà gratuito. Frequentemente il subappalto si confonde con l'intermediazione, in quei casi in cui un'impresa ricerca, seleziona e assume lavoratori e li mette a disposizione di un'impresa; bisogna fare attenzione e valutare con accuratezza i casi in cui si è in presenza di un'ipotesi tipica e pura di intermediazione e quelli in cui, invece, si è di fronte ad una diversa tipologia di rapporto, che abbia in sé un qualche ingrediente connesso alla materia del lavoro.

Ai fini di tale distinzione, è necessario sapere se i lavoratori coinvolti in un'intermediazione lavorino direttamente per l'intermediario, nel qual caso l'intermediario nei loro confronti assume la qualifica di datore di lavoro, ovvero l'intermediario li abbia solamente messi in contatto con

un'impresa o un datore di lavoro, nel qual caso saremmo di fronte ad un intermediario "puro". Nel subappalto tale concetto risulta poco funzionale, nella misura in cui vi sono imprese che realizzano direttamente lavori il cui prodotto è destinato ad altre imprese, oppure, che assumono lavoratori che prestano la propria attività per un'altra impresa, pur mantenendo con esse una qualche relazione (pagamenti, supervisione, ecc.). Tale diversità di situazioni fa sì che in concreto vi siano a volte intermediari ibridi, i quali, anche se all'inizio di un rapporto di lavoro mettono in contatto dei lavoratori con un'un'impresa, poi, una volta che tali lavoratori stiano lavorando per quell'impresa, non si svincolano totalmente da quel rapporto di lavoro, il che impedisce di poter parlare di intermediari nel senso segnalato dalla legge.

L'idea tradizionale di cosa sia un intermediario è più o meno chiara, essendo questo concetto definito dall'articolo 12 della LFT come la persona che interviene nell'assunzione di una o più persone affinché queste prestino servizio presso un datore di lavoro; detto intervento nel rapporto di lavoro deve avvenire in momenti e con limiti ben definiti, il cui mancato rispetto comporta il configurarsi di una diversa tipologia di rapporto, e non quella dell'intermediario.

La legge messicana contiene anche l'indicazione di alcune ipotesi in cui debba escludersi l'esistenza di intermediari, provando ad identificare i casi in cui si è di fronte ad un datore di lavoro, per poter così attribuire allo stesso le responsabilità scaturenti dal rapporto, ipotesi che sono previste negli articoli 13, 14 e 15 della LFT.

Si tratta di un soggetto che fa da mediatore tra una domanda e un'offerta di lavoro avvicinando le due parti interessate e coinvolte, affinché un rapporto di lavoro venga costituito. Il ruolo dell'intermediario nell'ambito di un rapporto di lavoro, così come è concepito, inizia e termina con il compito di porre in contatto il lavoratore con il datore di lavoro per il quale presterà servizio. Alcuni Autori definiscono questa figura affermando che

L'intermediazione precede la costituzione di un rapporto di lavoro. Consiste nel fatto che una persona si accordi con una o altre persone affinché queste prestino la loro attività in una determinata impresa o stabilimento; vale a dire, l'intermediario non è il destinatario del lavoro della persona assunta. Svolge, in buona sostanza, le attività di un mandatario, o gestore, o agente negoziale. Tra le denominazioni che

vengono attribuite all'intermediario, vi sono quelle di "enganchador" o "celestina" ⁽¹⁰⁾.

Così come concepito nella legislazione messicana, l'intervento dell'intermediario è limitato alla fase della nascita del rapporto di lavoro, venendo meno nel momento in cui si firma un contratto di lavoro tra un lavoratore e un'impresa, oppure si intraprende un rapporto di lavoro oggettivamente inteso, o entrambe le ipotesi, ma, una volta che ciò si sia verificato, l'intermediario esce di scena. Quest'ultimo elemento è importante quando si parla di alcune modalità di subappalto, visto che nella prassi è facile confonderle. Molto spesso, infatti, il modo in cui sviluppa un rapporto di questo tipo, almeno nelle sue prime fasi, si avvicina effettivamente alla figura dell'intermediario, ad esempio, quando un lavoratore viene messo in contatto con un'impresa. Fin qui, sembrerebbero coincidere il subappalto con l'intermediazione; tuttavia, una volta posto in essere il rapporto o il contratto di lavoro, l'impresa di subappalto continua ad esistere, rimanendo attore e soggetto attivo nel concreto realizzarsi del rapporto di lavoro, con conseguente assunzione, in modi anche molto diversi, delle responsabilità nascenti dall'estrinsicazione ed esecuzione del rapporto di lavoro appena costituitosi. È dunque in questa presenza e partecipazione persistente dell'impresa di subappalto, che risiede il *discrimen* rispetto alla figura dell'intermediario, potendo di conseguenza ritenerle figure totalmente distinte.

A questo proposito, la LFT, in linea con questa impostazione, stabilisce all'articolo 13 che non saranno considerati intermediari coloro che si vincolino allo svolgimento di determinati lavori per eseguirli con mezzi propri e sufficienti, potendo, in tal modo, adempiere agli obblighi assunti nei confronti dei lavoratori. Tale articolo prevede la responsabilità solidale tra beneficiari diretti delle opere o servizi per il caso in cui il datore di lavoro che li abbia assunti non riesca a rispettare gli obblighi connessi al rapporto di lavoro. Questo concetto di responsabilità solidale vorrebbe in tal modo salvaguardare il rispetto dei diritti afferenti al lavoro che si siano generati.

Per altro verso, l'articolo 14 stabilisce alcuni obblighi per coloro che siano ricorsi a un intermediario per l'assunzione di un lavoratore. Tali

⁽¹⁰⁾ Cfr. J. DÁVALOS, *Derecho del trabajo*, Porrúa, 1992, vol. I, 100.

obblighi hanno a che vedere con il proposito del legislatore di proteggere i lavoratori che vengano inseriti nell'impresa attraverso questa modalità, segnalando che detti lavoratori avranno diritto a prestare servizio alle medesime condizioni di lavoro e godranno degli stessi diritti spettanti ai lavoratori che svolgano lavori simili nell'impresa o stabilimento. La legge aggiunge, inoltre, che gli intermediari non potranno ricevere alcuna retribuzione o commissione gravante sul salario dei lavoratori. Per quanto la legge messicana, in questo caso, risulti ricca di buone intenzioni, certo è che, nella realtà dei fatti, siamo invece di fronte a una situazione in cui il testo legislativo risulta totalmente disapplicato, giacché nell'ipotesi del subappalto, almeno in una delle sue modalità, effettivamente entrano nell'impresa lavoratori che convivono con quelli già inseriti nel centro di lavoro, e rispetto ai quali non necessariamente vi sarà uguaglianza di diritti e condizioni di lavoro, come predica la legge, posto che, anzi, uno degli aspetti che rende "attraattivo" il subappalto è proprio la possibilità di avere a che fare con lavoratori i cui diritti sul lavoro risultano minori o inferiori. A ciò si aggiunga che la redazione del testo legislativo, comprensibile per il senso comune, risulta invece poco chiara ai tribunali del lavoro, giacché una delle condizioni che richiede la legge affinché vi sia uguaglianza di diritti è che i lavoratori, quelli che arrivano e quelli che sono già inseriti, svolgano lavori simili. Tale espressione è stata oggetto di interpretazioni in cui al concetto di "simile" vengono attribuiti svariati significati e accezioni molto ampie, che vanno dalle condizioni formali, dal tipo di contratto, dall'orario di lavoro, dall'anzianità, sino ad altre più ambigue, come ad esempio la produttività o le mansioni che si svolgono, sfumando così ogni possibilità di ricorrere innanzi ai tribunali per far valere, con successo, quell'uguaglianza di diritti.

Allo stesso modo, riguardo al disposto legislativo secondo cui gli intermediari non potranno ricevere alcuna retribuzione o commissione che gravi sui salari dei lavoratori, deve segnalarsi che purtroppo non esistono studi che evidenzino la violazione di tale precetto; tuttavia, ad esclusione del caso degli intermediari pubblici, sia federali che statali, i quali da principio hanno il divieto di trarre guadagno dal loro servizio di intermediazione, le imprese private che si dedicano a tale attività ricevono un compenso per il loro servizio da parte dell'impresa in cui i lavoratori vengono inseriti, o anche da parte degli stessi futuri lavoratori, sebbene in modo indiretto, dato il divieto legislativo di incidere sul salario.

Il quadro legislativo è completato dall'articolo 15, che prevede un'ipotesi di responsabilità solidale tra imprese quando una di esse esegua, in modo esclusivo o prevalente, lavori in favore dell'altra, e non riesca a far fronte agli obblighi assunti nei confronti dei propri lavoratori. Si tratta dunque di due ipotesi, la prima delle quali si verifica quando un'impresa realizza opere o servizi in modo esclusivo in favore di un'altra, il che vuol dire che della totalità della sua produzione è destinataria un'altra impresa la quale, in qualità di beneficiaria, riceve quei servizi. La seconda ipotesi fa invece riferimento a un'impresa che, pur avendo vari clienti, destina la maggior parte della propria produzione ad un'altra impresa. In entrambi i casi la legge stabilisce una responsabilità solidale tra quelle imprese, il che vuol dire che l'impresa beneficiaria sarà solidalmente responsabile assieme a quella che le fornisce i beni e servizi.

Nel caso del subappalto queste ipotesi legislative acquistano grande rilevanza, posto che in molti casi gli schemi di associazione tra imprese in cui si manifestano, presentano queste stesse caratteristiche, sia che l'impresa di subappalto realizzi in modo esclusivo lavori per un'altra impresa, sia che lo faccia in modo prevalente; tuttavia, nella prassi, il disposto legislativo relativo all'esistenza di una responsabilità solidale tra imprese, viene di fatto occultato, in modo espresso o tacito, o perché l'appaltante dei servizi di subappalto non viene avvertito di questa possibilità, oppure perché non viene inserita tale disposizione o eventualità nei contratti di diritto civile tra le imprese coinvolte.

3.5. Il lavoro a domicilio

Questa modalità di lavoro ha raggiunto l'apice in alcune fasi dello sviluppo industriale in Paesi come il Messico, e recentemente sembrerebbe risorgere.

Il lavoro a domicilio consiste nella possibilità di svolgere un'attività lavorativa presso il domicilio del lavoratore, in un luogo da lui scelto, e senza – dice la legge – «il controllo o la direzione immediata di chi offre il lavoro». In qualche modo, il lavoro a domicilio si presenta come un antecedente, su scala inferiore, del subappalto, in cui la subordinazione assume altre modalità, differenti rispetto a quelle tradizionali, immediate e quotidiane proprie di un rapporto di lavoro. Occorre ricordare che esiste un regime di lavoro speciale nella LFT, con una serie di regole che

mirano a inquadrare giuridicamente la realizzazione di questo tipo di attività.

3.6. La sostituzione del datore di lavoro

Il legislatore messicano considerò opportuno inserire nella legge l'ipotesi relativa al caso in cui la proprietà di un'impresa venga modificata, attribuendo a questa situazione effetti giuridici. Occorre ricordare che l'articolo 41 della LFT prevede un meccanismo di applicazione temporanea in base al quale si cerca di proteggere i diritti dei lavoratori nel momento in cui si verifichi l'ipotesi di sostituzione di un datore di lavoro. La LFT segnala che «La sostituzione del datore di lavoro non inciderà sui rapporti di lavoro all'interno dell'impresa o stabilimento» e che:

Il datore di lavoro sostituito sarà responsabile in solido con il nuovo per quanto riguarda gli obblighi che scaturiscono dai rapporti di lavoro e dalla legge instaurati prima della data di sostituzione, per un periodo di sei mesi; trascorso questo termine, responsabile sarà unicamente il nuovo datore di lavoro.

Si tratta di un'ipotesi che si verifica, in alcuni casi, quando un'impresa trasferisce, mediante subappalto, parte del proprio personale ad altra impresa; tuttavia, in buona parte la tutela opererà in funzione della modalità in base alla quale si sia realizzata la sostituzione, con riferimento sia ai documenti sottoscritti tra le imprese, sia ai nuovi contratti di lavoro, il che lascia sempre spazio ad un ampio margine di discrezionalità.

Esistono pertanto due aspetti giuridici da analizzare separatamente: da un lato, gli accordi o atti giuridici da cui emergano le modifiche apportate alle caratteristiche dell'impresa (contratti di vendita dell'impresa, ecc.), e dall'altro, la sussistenza o sottoscrizione dei nuovi contratti di lavoro dei lavoratori dell'impresa, in cui si dia conto della sostituzione del datore di lavoro; in entrambi i casi, il rispetto dei diritti afferenti al lavoro dovrebbe risultare espressamente segnalato, cosa che invece non sempre accade.

3.7. La contrattazione collettiva

Per quanto riguarda il Messico, rimane l'impressione che il sindacalismo abbia tardato a reagire al subappalto, del quale, ancora oggi, molti settori paiono non aver colto l'essenza. Tale situazione si riflette nel lento, ma crescente, dibattito sul tema all'interno degli ambiti sindacali, nonché, in senso più ampio, nelle proposte di adeguamento al quadro giuridico che possa con esso relazionarsi.

In materia di contrattazione collettiva, se pure è vero che ad oggi non esiste uno studio che dia conto della situazione della contrattazione collettiva in Messico rispetto al tema del subappalto e di come la sua regolazione prenda corpo nelle clausole dei contratti collettivi, tuttavia, partendo dall'analisi delle posizioni assunte da alcuni settori del sindacalismo messicano, può affermarsi, in termini generali, che la posizione dei sindacati è stata di rifiuto nei confronti di queste prassi le quali, molto spesso, finiscono per comprimerne il ruolo in diversi modi, ad esempio riducendo l'affiliazione, rendendo più difficile il compito di gestione e difesa dei lavoratori, precarizzando l'occupazione e di conseguenza allontanando dal loro raggio d'azione potenziali lavoratori sindacalizzabili, ecc.

Da un altro lato, e senza far riferimento ora ai dati a sostegno della seguente affermazione, deve ritenersi che la possibilità di ricorrere a differenti modalità di subappalto in Messico è dovuta all'accettazione e al consenso di una buona parte dei sindacati, soprattutto in quei settori del sindacalismo che soffrono di scarsa rappresentatività e in cui opera un sindacalismo passivo e di protezione datoriale, preoccupato più a rispondere alle necessità dell'impresa che non alle esigenze dei lavoratori ⁽¹⁾.

Rimane l'impressione che pochi siano i sindacati che siano passati dalle parole ai fatti, pianificando una strategia chiara ed efficace a fronte del fenomeno del subappalto; tra questi sindacati, vi sono casi in cui sono state inserite nei loro contratti collettivi clausole secondo cui si accetta espressamente che l'impresa esternalizzi lavoratori solo a patto che vi sia l'impegno a ricontrattarli o simili, oppure clausole in base alle quali

⁽¹⁾ Alcuni studi sono giunti alla conclusione secondo cui questo tipo di sindacati in Messico è forse il più diffuso. Cfr. AA.VV., *Contratación colectiva de protección en México. Informe a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores (ORIT)*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

l'impresa assume l'impegno, ad esempio, di verificare che vengano rispettati i diritti dei lavoratori che arrivano per effetto di un subappalto. Nonostante ciò, continuano ad esistere anche casi in cui i sindacati ricevono denaro in cambio del loro assenso al subappalto in determinate attività.

Ad ogni modo, ci troviamo di fronte ad un terreno fertile, in cui la contrattazione collettiva non ha ancora sviluppato a pieno il proprio potenziale, e ancor meno si è manifestata in una strategia sindacale definita da parte dei sindacati nei contratti collettivi.

4. Il subappalto nella giurisprudenza

Nell'analisi dell'inquadramento giuridico che regola il subappalto in Messico, non può mancare un riferimento alle interpretazioni che delle norme in questione hanno dato i tribunali competenti attraverso la giurisprudenza. In effetti, negli ultimi anni è stato possibile riscontrare alcuni criteri interpretativi che mostrano una giurisprudenza titubante, che continua a occuparsi del tema in modo ampio, anche se la natura del nostro diritto non lascia ampio margine per uno sviluppo giurisprudenziale del diritto del lavoro. Tuttavia, si può fare riferimento a una giurisprudenza o ad alcuni criteri giurisprudenziali degni di nota in materia di subappalto.

4.1. Subordinazione e prestazione di servizi professionali

La SCJN ha chiarito il confine tra i servizi professionali e la subordinazione, segnalando che non basta che le parti stipulino un contratto di servizi professionali per considerare che non esista una subordinazione di lavoro:

Se un professionista presta regolarmente i propri servizi in favore di una persona ricevendo una retribuzione concordata ma, al tempo stesso, sia riscontrabile anche una subordinazione consistente nel fatto che il professionista svolga la propria attività eseguendo gli ordini di chi ha richiesto i suoi servizi, nella forma e nei tempi da questi indicati, deve concludersi che il rapporto esistente sia di natura lavorativa e non civile,

anche laddove il documento da cui risulti il contratto fosse stato denominato di "prestazione di servizi".

Per altro verso, anche se la tesi è minoritaria, sono stati segnalati i requisiti che consentono di accreditare la prestazione di servizi professionali:

Non è sufficiente l'esistenza di una prestazione di un servizio personale e diretto effettuata da una persona in favore di un'altra per poter sostenere di essere in presenza di un rapporto di lavoro, in quanto tale relazione deve avere come requisito principale la subordinazione giuridica, la quale implica che il datore di lavoro abbia in ogni momento la possibilità di disporre dello sforzo fisico, mentale, o di entrambi, del lavoratore, secondo il rapporto concordato; vale a dire, deve esistere da parte del datore di lavoro un potere giuridico di direzione e controllo cui fa da contraltare il dovere di obbedienza da parte di chi presta il servizio; tale relazione di subordinazione deve essere costante durante la giornata di lavoro e implica la soggezione alla direzione del datore di lavoro o del suo rappresentante; inoltre, il contratto o il rapporto di lavoro si manifestano generalmente attraverso anche altri elementi, quali: la classificazione, il salario, l'orario di lavoro, le condizioni di riposo del settimo giorno, le ferie, eccetera, elementi che sebbene non vengano indicati sempre in modo integrale, non sarebbero comunque sufficienti a determinare la natura del rapporto, se si tiene in considerazione la disposizione dell'articolo 21 della *Ley Federal del Trabajo*, così tali elementi vengono considerati nel contratto ordinario come requisiti secondari. Pertanto, non è possibile confondere la prestazione di un servizio subordinato che dà origine a un rapporto di lavoro disciplinato dalla *Ley Federal del Trabajo* con il servizio professionale che è regolato da altre disposizioni legali; nel primo, come già detto, il datore dà e il lavoratore riceve ordini precisi relazionati al contratto, dispone dove, quando e come realizzare tutto quanto riguarda il rapporto di lavoro, ordini, questi, che vengono impartiti direttamente dal datore di lavoro a un superiore gerarchico suo rappresentante; nella prestazione di servizi, invece, il prestatore della stessa svolge la propria attività utilizzando mezzi propri, senza ricevere ordini precisi e senza dunque che esista direzione o subordinazione alcuna, né dovere di obbedienza, giacché il servizio si presta in modo indipendente, senza soggezione alle condizioni già descritte di orario, salario ecc.

In un'altra tesi minoritaria si segnala quanto segue:

Se l'attore ha concordato con i convenuti, quando questi si recarono al suo laboratorio a richiedere i suoi servizi, la fabbricazione di diversi articoli in ferro, a differenti prezzi, da ciò si deduce che l'importo degli stessi non costituisce una controprestazione per prestazioni personali a carattere subordinato, a maggior ragione perché si era dimostrato che il fabbro disponesse di una fonte di lavoro propria, e se a ciò si aggiunge l'assenza di una prova che dimostri che il materiale, gli strumenti e gli utensili utilizzati per l'adempimento delle sue attività siano stati forniti dalla controparte, risulta logico ritenere che abbia eseguito dette attività in forma indipendente e, di conseguenza, che non vi sia stata alcuna subordinazione dell'attore rispetto ai convenuti nella prestazione di tali servizi, elementi, questi, da cui emerge che il nesso giuridico intercorso tra le parti non abbia avuto natura lavorativa, alla luce dell'articolo 20 della *Ley Federal del Trabajo*.

In un'altra tesi relativa alle caratteristiche del rapporto di lavoro di un professionista, si è sostenuto che:

Se il datore di lavoro adduce a giustificazione il fatto che la relazione che intercorreva tra lui e il convenuto era di carattere civile perché questi agiva liberamente nella realizzazione del proprio lavoro, non basta però questa prova a dar fondamento alla propria tesi, e ciò in quanto il vincolo contrattuale non si identifica in relazione alla natura dei servizi che vengono prestati tanto che né il lavoro intellettuale, né quello realizzato in applicazione di conoscenze scientifiche possono essere esclusi dai benefici garantiti dall'articolo 123 della Costituzione; di conseguenza, se esiste un rapporto di lavoro, che si sviluppa in modo costante e secondo un orario prefissato, di prestazione di servizi professionali, e questi vengono retribuiti in denaro, il professionista acquisisce il carattere di lavoratore in conformità al precetto invocato. Per altro verso, bisogna aggiungere che potrebbe mancare la direzione tecnica in considerazione della natura di detti servizi, ma è sufficiente che esista la possibilità giuridica per il datore di lavoro di disporre in un dato momento dell'energia lavorativa affinché si configuri il rapporto di lavoro, indipendentemente dal fatto che nel documento in cui si dichiara il tipo di rapporto, questo fosse stato definito in altro modo, secondo quanto previsto dall'articolo 20 della legge del lavoro.

Infine, in una sentenza si segnala che non è la denominazione che le parti attribuiscono a un contratto che determina la natura dei servizi prestati:

Se il convenuto nega l'esistenza della relazione di lavoro e si giustifica asserendo che si tratta di una prestazione di servizi professionali, adducendo come prova un contratto nel quale si specifica tale circostanza, bisogna studiare detto documento assieme al resto del materiale probatorio per determinare la natura del rapporto tra le parti, e se da quest'analisi emergono le caratteristiche proprie di un vincolo di lavoro, quale è quello della subordinazione, tale deve essere dichiarato, posto che non è la denominazione che le parti assegnino a quel contratto il fattore che determina la natura dei servizi prestati.

4.2. Mandato e subordinazione

Le relazioni triangolari di lavoro possono essere vincolate alla figura del mandato, laddove a una parte venga attribuito tale ruolo. Al riguardo, la SCJN ha segnalato che:

Dall'articolo 20 della vigente *Ley Federal del Trabajo*, si evince come elemento fondamentale del rapporto di lavoro sia la subordinazione di chi presta un servizio personale rispetto a chi lo riceve, fattore che si traduce nella facoltà del datore di lavoro di comandare, dirigere, organizzare, monitorare e disciplinare l'attività del lavoratore; di modo che, se a una persona viene attribuito un potere in considerazione delle sue conoscenze specialistiche in materia di mandato, quella persona non può considerarsi lavoratore, poiché è chiaro che, essendo esperta in materia, la sua attività non è diretta, organizzata, monitorata e disciplinata dal mandante.

4.3. Contratto di commissione e subordinazione

Le relazioni triangolari di lavoro possono, allo stesso modo, ricorrere alla figura del contratto di commissione, in cui una parte, attraverso detta figura, instaura giuridico con un'altra un vincolo, il quale, a seconda delle caratteristiche dello stesso, potrebbe avere natura lavoristica e non commerciale. Al riguardo esistono diverse tesi minoritarie dei tribunali, che possono chiarire la portata del contratto di commissione:

È noto che per determinare la natura giuridica di un contratto, non bisogna attenersi esclusivamente alla sua denominazione, bensì, necessariamente occorre analizzarne il contenuto, poiché in alcuni casi, contratti denominati come contratti di commissione, risultano invece essere veri e propri contratti di lavoro. Di conseguenza, è chiaro che per determinare se un contratto sia di commissione o di lavoro, bisogna prendere in considerazione i termini e le condizioni pattuite, per poter comprendere se il c.d. commissionario sia o meno subordinato alla direzione del committente; non bisogna dimenticare, infatti, che, ai sensi dell'articolo 20 della *Ley Federal del Trabajo*, la subordinazione è l'elemento che caratterizza una relazione di lavoro. Pertanto, se analizzando il relativo contratto emerge che il presunto lavoratore poteva dedicarsi in qualsiasi momento e con mezzi propri alla vendita dei prodotti del committente, senza obblighi da parte del lavoratore di realizzare dette funzioni in modo costante e sotto la supervisione del committente, del tutto evidente risulta l'assenza di subordinazione e, di conseguenza, anche della relazione di lavoro.

Secondo un'altra tesi minoritaria:

Il contratto di commissione è il mandato concesso per attività di commercio, in base al quale il commissionario agisce in nome proprio, assumendo diritti e obblighi nei confronti delle persone con le quali contratta. Ed è esattamente nel modo in cui il commissionario agisce, in nome proprio e non in nome del committente, che si identifica il tratto distintivo della commissione rispetto al mandato, e ciò in quanto il mandatario agisce invece in nome del mandante; inoltre, anche la normativa li distingue, posto che la commissione è regolata dal *Código de Comercio*, mentre il mandato dal *Código Civil Federal*. Ne deriva che, se la persona alla quale viene attribuito il carattere di commissionario non possedeva la facoltà di decidere il tipo di contratto da utilizzare rispetto ai prodotti da vendere – visto che tale diritto era riservato a colui che svolgeva il ruolo di committente, perché è a quest'ultimo che spetta decidere se accettarlo o rifiutarlo – bisogna concludere che se non esiste questo potere di decisione nel soggetto cui si attribuisce il carattere di commissionario, non ci si trova di fronte a un contratto di commissione bensì, per esclusione, ad un contratto di lavoro.

Allo stesso modo, in un'altra tesi relativa agli agenti assicurativi si indica che:

Ai sensi degli articoli 20 e 285 della *Ley Federal del Trabajo*, gli agenti assicurativi sono, di norma, lavoratori delle compagnie di assicurazione, salvo che si dimostri che non esercitino personalmente il lavoro, o che intervengano soltanto in operazioni isolate. Di conseguenza, per provare l'inesistenza della relazione di lavoro, la parte interessata deve dimostrare la sussistenza del presupposto di eccezionalità in relazione al caso di specie, poiché altrimenti sarà di applicazione la regola già menzionata. In tal caso, il fatto che i contratti tra gli agenti e la compagnia d'assicurazione siano chiamati di commissione e siano regolati dalla *Ley de Instituciones de Seguros* e dal *Reglamento de Agentes de Seguros*, non esclude l'applicazione delle norme sul lavoro, pur continuando il diritto commerciale a regolare altri aspetti del contratto, come le clausole prettamente commerciali e i requisiti che si richiedono per essere un agente assicurativo.

La tesi minoritaria trascritta in precedenza è connessa all'inesistenza del contratto di commissione.

4.4. Subappalto e somministrazione di manodopera

In materia di somministrazione di manodopera, i tribunali hanno sostenuto che, in caso di licenziamento, se il datore di lavoro si giustifica asserendo che non vi fosse con lui un rapporto di lavoro, bensì un contratto civile di somministrazione in virtù del quale un terzo gli fornisce lavoratori e lo libera da qualunque obbligo di carattere lavorativo, detta eccezione risulta infondata:

Se in una controversia di lavoro si adduce il carattere ingiustificato di un licenziamento e il datore di lavoro si giustifica asserendo che non esiste un rapporto di lavoro con il lavoratore ma un contratto di natura civile di somministrazione di personale, in virtù del quale una terza impresa somministra manodopera al beneficiario in cambio di un determinato corrispettivo per i servizi prestati liberandolo di qualunque obbligo derivante dal lavoro nei confronti del lavoratore "somministrato", detta eccezione risulta infondata, poiché basata su elementi che contravvengono a un principio essenziale del diritto del lavoro contenuto nell'articolo 3 della legislazione del lavoro, il quale recita "il lavoro non è un articolo commerciabile", così come alle altre disposizioni contemplate

nello stesso che garantiscono i diritti minimi dei lavoratori, sono di ordine pubblico e devono essere rispettate da tutti i cittadini della Federazione, giacché, da un lato, l'impresa che somministra il personale alla beneficiaria non rappresenta per ciò solo un intermediario ai sensi degli articoli 12-15 della *Ley Federal del Trabajo*, poiché in realtà utilizza come materia prima il lavoro del personale assunto dalle imprese beneficiarie, e, dall'altro lato, sollevando da qualsivoglia obbligo derivante dal lavoro il vero datore, si mira ad introdurre nuovi attori nella relazione tra il capitale e il lavoro, quali sarebbero i "lavoratori somministrati" (che non godono di tutti i diritti spettanti ai lavoratori delle imprese beneficiarie), convertendosi in datori di lavoro virtuali che tramite un contratto civile si sostituiscono ai datori di lavoro nei loro obblighi connessi all'attività lavorativa, il che è proibito tanto dal comma A dell'articolo 123 della Costituzione, quanto dalla sua legge di regolamentazione.

4.5. Criteri in materia di intermediazione

Come già si indicava, la LFT segnala alcune conseguenze legali per quelle imprese che dispongano di servizi di intermediazione, oltre ad evidenziare che le imprese di intermediazione saranno responsabili quando trovate non in possesso di elementi propri e sufficienti. Alcuni criteri e tesi minoritarie hanno insistito nell'evidenziare che:

L'articolo 13 citato in precedenza stabilisce una responsabilità solidale tra l'appaltatore e la persona che trae diretto beneficio dall'opera o dai servizi che in suo favore vengono prestati da parte dei lavoratori del primo. Questa figura contempla la responsabilità solidale dell'impresa che ottiene benefici utilizzando il lavoro di persone che prestano servizi per altre imprese, evitando così che i lavoratori rimangano vittime di frode da parte di imprese che molto spesso hanno vita breve. Affinché possa applicarsi l'ipotesi contemplata nella *fracción I* del segnalato articolo 15, è requisito indispensabile che l'impresa appaltatrice non disponga di elementi propri sufficienti ed esegua opere o servizi per l'impresa beneficiaria, vale a dire, che le sue attività principali siano ad essa dedicate ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ Segundo Tribunal colegiado del sexto circuito 4 octubre 1988, amparo directo 312/88.

Allo stesso modo, in alcuni casi si afferma che la qualità di intermediario viene meno quando una impresa assume i poteri propri di un datore di lavoro; così, ad esempio:

Se nel corso del giudizio si è dimostrato che chi possedeva la qualità di datore di lavoro era una società legalmente stabilita che aveva assunto i servizi dell'attrice per eseguirli con elementi propri, quali ad esempio gli strumenti di lavoro e le materie prime, per svolgere funzioni specifiche e mediante l'assegnazione di un orario e un salario, e se a ciò si aggiunge il fatto che le prestazioni connesse all'assunzione fossero state coperte con risorse economiche indipendenti, detta impresa non può essere considerata come intermediaria, ma come datore di lavoro, secondo le disposizioni della prima parte dell'articolo 13 della *Ley Federal del Trabajo* ⁽¹³⁾.

4.6. Criteri in materia di responsabilità solidale

In alcuni casi recenti si è segnalato che, affinché si configuri la responsabilità solidale per un'impresa beneficiaria, come quelle cui fa riferimento la legge agli articoli 13 e 15, è necessario invocare tale carattere all'inizio del giudizio e non dopo, così possiamo leggere che:

affinché sia possibile decretare la responsabilità solidale è necessario che il lavoratore domandi il riconoscimento di determinati diritti, tanto al datore di lavoro diretto, al quale è legato in virtù del rapporto di lavoro, quanto al responsabile solidale, il quale viene individuato come il beneficiario dei servizi prestati; ciò implica che il datore di lavoro solidale debba essere coinvolto nel processo sin dall'inizio dello stesso, vale a dire, sin dal momento in cui viene presentata la domanda o comunque nella fase delle domande ed eccezioni, per far sì che lo stesso possa essere sentito e sconfitto in giudizio, e sia rispettato il suo diritto di essere previamente ascoltato, così come previsto nell'articolo 14 della Costituzione, e per poter così determinare, da una parte, se si beneficiò dei servizi del lavoratore e, dall'altra, la sua eventuale responsabilità solidale; di conseguenza, se in un giudizio precedente il lavoratore non aveva domandato il riconoscimento dei propri diritti anche a colui che

⁽¹³⁾ Sexto Tribunal colegiado en materia de trabajo del primer circuito 7 mayo 1992, amparo directo 4316/92.

veniva individuato come il soggetto beneficiario dei servizi prestati, non potrà più, in un successivo giudizio promosso al fine di dimostrare la stessa circostanza, pretendere che venga dichiarata quella responsabilità, in quanto ciò vorrebbe dire modificare nella sostanza la decisione del primo giudice, che ha invece già il carattere di cosa giudicata ⁽¹⁴⁾.

Allo stesso modo, nella giurisprudenza degli ultimi anni si è affermato che:

Quando in un giudizio in materia di lavoro, il lavoratore, per effetto della suddetta responsabilità, adduce che la beneficiaria esclusiva o principale dei suoi servizi è una persona fisica o giuridica diversa da quella che l'ha assunto e quest'ultima, nel rispondere alla domanda, nega completamente quella circostanza, l'onere di provare tale beneficio ricade sull'attore ogni qualvolta tale negazione non comporti alcuna affermazione, dato che non è giuridicamente possibile imporre al litisconsorte l'obbligo di dimostrare un fatto consistente nel non aver beneficiato dei servizi suddetti ⁽¹⁵⁾.

Dall'altro lato, alcuni casi isolati hanno via via delimitato l'ambito della responsabilità solidale a determinati contesti specifici, come quello della protezione e della sicurezza, rispetto ai quali i requisiti che i tribunali esigerebbero affinché possa dirsi configurata tale responsabilità, si sono rivelati maggiormente complessi; si legge così che,

nei casi in cui il datore di lavoro diretto di un lavoratore sia un'impresa che presta servizi a diversi clienti, il rapporto di lavoro intercorre tra la parte lavoratrice e quell'impresa, e, per determinare se chi riceve il servizio possieda il carattere di datore di lavoro solidale, occorre considerare: a) se l'impresa prestatrice di servizi che ha assunto il lavoratore esegua le prestazioni utilizzando strumenti propri; b) se si disponga di risorse sufficienti per adempiere agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro; e c) se l'impresa, persona fisica o giuridica cui si attribuisce la responsabilità solidale, abbia tratto beneficio, in maniera esclusiva o principale, dai lavori eseguiti. Tuttavia, se nel caso concreto il lavoro prestato consiste nel servizio di sicurezza, conformemente alla natura di questa funzione, non è possibile considerare le imprese che ricevono il servizio come datori di lavoro solidali, in primo luogo, perché

⁽¹⁴⁾ Tercer Tribunal colegiado en materia de trabajo del cuarto circuito 15 octubre 2008, amparo directo 389/2008.

⁽¹⁵⁾ SCJN 19 noviembre 2008, tesis de jurisprudencia n. 2a./J. 188/2008.

per considerarle tali è necessario che la prestazione del servizio venga fornita in forma esclusiva o principale; e, in secondo luogo, perché il lavoratore è inviato dall'impresa che presta il servizio ad eseguire, secondo i suoi ordini e alle sue dipendenze, determinate prestazioni in un numero variabile di imprese che le ricevono, e utilizzando i materiali che la stessa fornisce loro. Di conseguenza, non può ritenersi sufficiente che una persona fisica o giuridica abbia ricevuto i servizi personali del lavoratore come guardia di sicurezza per considerare provata la responsabilità solidale nel rapporto giuridico di lavoro, e ciò in quanto tale servizio ha come scopo la vigilanza, la salvaguardia e la protezione dei beni o diritti delle imprese che hanno richiesto il servizio, nei luoghi indicati dalle medesime in modo eventuale, transitorio o temporaneo ⁽¹⁶⁾.

Casi come questo, mostrano la debolezza delle interpretazioni che escludono determinati settori di servizi, come ad esempio quello di guardia di sicurezza, senza far leva direttamente sui concetti segnalati dalla LFT, bensì tentando di dare agli stessi un'interpretazione che rende difficile il rispetto dei diritti dei lavoratori. Questo tipo di interpretazioni assume una rilevanza ancor maggiore nel caso dell'outsourcing, posto che uno dei servizi nell'ambito dei quali le imprese sono ricorse a questo schema è proprio quello della vigilanza delle stesse e di conseguenza, in casi come quello precedentemente descritto, si allontana la possibilità che il beneficiario del servizio assuma una qualsivoglia responsabilità inerente ai diritti connessi al lavoro.

Circostanze simili si riscontrano anche in altri casi, come quello della contraddizione della tesi n. 136/2008, in base al quale, quando l'attore adduca una responsabilità solidale e il beneficiario neghi il rapporto di lavoro, è onere dell'attore dimostrare che il beneficiario sia stato favorito, e l'obbligo di conservare i documenti è in capo a colui che lo ha assunto, il che comporta, per il lavoratore che voglia far valere i propri diritti del lavoro, l'assunzione di un onere probatorio non sempre facile da adempiere.

⁽¹⁶⁾ Primer Tribunal colegiado en materias civil y de trabajo del quinto circuito 4 mayo 2007, amparo directo 829/2006.

4.7. Subappalto e cooperative: una giurisprudenza formalista

È interessante constatare come le imprese che offrono servizi di subappalto siano ricorse a forme giuridiche varie, come le società cooperative, società in nome collettivo, integranti o integrate, sindacati e unioni, tra le altre. Ad esempio, nel caso delle società cooperative si tratta di una figura che è stata ampiamente utilizzata come meccanismo di subappalto di manodopera, nonostante la Costituzione messicana, nella *fracción* XXX del comma A dell'articolo 123 faccia riferimento alle cooperative in termini di enti di utilità sociale.

In particolare, il regime giuridico delle cooperative si trova nella *Ley General de Sociedades Cooperativas* del 1994 ⁽¹⁷⁾. In questo caso, alla qualità di lavoratore si sostituisce la qualità giuridica di socio di cooperativa, allontanandosi dai concetti base del lavoro e lasciando così da parte il regime sociale previsto nelle leggi messicane, in particolare, i diritti di previdenza sociale e del lavoro.

Se si passa in rassegna la giurisprudenza e le tesi minoritarie del potere giudiziario, può osservarsi come dette risoluzioni siano caratterizzate da una visione formalista, che nulla ha a che vedere con i principi del diritto del lavoro – in cui si cerca il primato della realtà – né, forse, viene rispettato l'articolo 20 della LFT, il quale stabilisce che per rapporto di lavoro si intende, a prescindere dall'atto che ad esso ha dato origine, la prestazione di un lavoro personale di carattere subordinato in favore una persona, verso pagamento di un salario. Viene segnalato, altresì, che un contratto individuale di lavoro, a prescindere dalla sua forma o denominazione, è quello in virtù del quale una persona si obbliga a prestare in favore di un'altra un lavoro personale subordinato, verso pagamento di un salario.

Prova di ciò può emergere dallo studio delle differenti tesi minoritarie, le quali hanno stabilito che i membri di una società cooperativa di produzione non devono essere considerati lavoratori:

I soci della cooperativa di produzione non devono essere considerati lavoratori della stessa. Se la società cooperativa prova che l'attore

⁽¹⁷⁾ Questa legislazione generale è stata integrata dalla legge per la regolazione delle attività delle società cooperative di risparmio e prestito, così come da alcune leggi statali che si occupano del tema, per esempio la *Ley de Fomento Cooperativo del Distrito Federal* del 2006.

possiede la qualità di socio della stessa, questi non può affermare che a detta qualifica si aggiunga anche quella di lavoratore, e ciò in quanto, ai sensi dell'articolo 56 della *Ley General de Sociedades Cooperativas*, i soci devono contribuire con il loro lavoro a raggiungere l'obiettivo della società, il che equivale a dire che il servizio prestato dai soci non è conseguenza di una relazione di lavoro ma il risultato dell'obbligo derivante dalla loro qualità di soci di cooperativa. In conclusione, non ricorrono dunque i requisiti previsti dall'articolo 17 della *Ley Federal del Trabajo* affinché possano considerarsi lavoratori della cooperativa.

Secondo una tesi minoritaria, spetta ai lavoratori dimostrare la sussistenza del rapporto di lavoro; o ancora, si è stabilita l'inesistenza del rapporto di lavoro con riferimento ai soci provvisori delle società cooperative, nella misura in cui le prestazioni che il ricorrente rese in favore di una società cooperativa furono svolte in qualità di socio provvisorio della stessa e non in funzione di un rapporto di lavoro, per cui, non essendo in definitiva un socio di quella società, non poteva parlarsi di licenziamento in quanto un rapporto di lavoro, di fatto, non era mai esistito.

Si può ritenere che le precedenti tesi si allontanino dal principio della supremazia della realtà, riconosciuto dall'articolo 20 della LFT, secondo cui deve prestarsi attenzione alla natura del lavoro svolto così come alle condizioni nelle quali la prestazione viene eseguita. Non basta che una persona posseda la denominazione giuridica di socio di cooperativa per essere considerata come tale. Occorrerebbe al rispetto conoscere la natura del lavoro prestato, la sua anzianità come socio cooperativista, la sua partecipazione azionaria all'interno della cooperativa e, soprattutto, se sia stato o meno un socio provvisorio.

È sorprendente che quando si tratti di prestatori di servizi professionali, si faccia molta attenzione a se un lavoratore rivesta realmente la qualità di lavoratore o di prestatore di servizi professionali, anche se a più riprese è stato segnalato che gli effetti temporali e vincolanti della prestazione di servizi professionali non vanno presi in considerazione in materia di lavoro, che un contratto di prestazione di servizi professionali non comporta una relazione diversa da quella di lavoro e che non è sufficiente il pagamento degli onorari per poter ritenere di essere di fronte ad una prestazione di servizi professionali; e che non si faccia lo stesso quando si tratti di persone che sono presentate come soci di cooperativa, rispettando la reale natura del lavoro che si sta prestando.

Senza dubbio, il nostro potere giudiziario deve rispettare il principio della supremazia della realtà per evitare rapporti giuridici fittizi, che travestano i lavoratori da «soci di cooperativa». Al riguardo, risulta importante segnalare il contenuto del primo comma dell'articolo 10 della *Ley General de Sociedades Cooperativas*, il quale stabilisce che «Le società che simulino di essere società cooperative o utilizzino indebitamente denominazioni che alludono alle stesse saranno nulle a tutti gli effetti, e verranno assoggettate alle sanzioni che le rispettive leggi stabiliscano».

Una simile situazione è possibile riscontrare anche in altre figure giuridiche alle quali, con la stessa finalità, si è fatto ricorso negli ultimi anni, come le società in nome collettivo e le società partecipative, tra le altre. Nella maggior parte dei casi, la costante è che si presentano quali schemi legali che si traducono in una limitazione totale o parziale dei diritti dei lavoratori coinvolti, aspetto che, data la presenza sempre maggiore nel Paese, ha suscitato preoccupazione crescente in vari settori della società ⁽¹⁸⁾.

Come si può vedere, siamo lontani dal poter individuare una tendenza verso la regolazione e delimitazione del subappalto mediante la giurisprudenza; tuttavia, i casi isolati, così come l'esigua giurisprudenza relazionata al tema di cui ci stiamo occupando, non necessariamente aiutano a dare fondamento ai ricorsi dei lavoratori che si sentono violati nei loro diritti in materia di lavoro.

5. Gli effetti del subappalto sulla previdenza sociale

Oltre alle suddette norme che, in maniera diretta o indiretta, dovrebbero riguardare il tema, occorre segnalare i tentativi che, recentemente, il Governo messicano ha realizzato per regolamentare il subappalto. Si tratta di un adeguamento di alcuni settori dell'ordinamento giuridico, da angolazioni, in particolare, vicine alla legislazione del lavoro, oppure, di tentativi di politica del lavoro.

⁽¹⁸⁾ Recentemente, come tentativo di porre un freno a questo tipo di prassi evasive degli impegni e obblighi in materia di fisco e di lavoro, Sergio Castro López è stato arrestato e detenuto in carcere, ed è soggetto a processo innanzi al giudice terzo del distretto dei processi penali federali per prassi fiscali indebite. Questa persona è imputata con l'accusa di promuovere schemi di pianificazione fiscale attraverso cooperative, con lo scopo di evitare il pagamento di diversi contributi.

Da anni ormai, come osservano gli organismi del Governo, si assiste alla proliferazione di nuove forme di organizzazione aziendale, attraverso le quali si cerca di facilitare l'inserimento delle imprese in un mercato sempre più competitivo. Tuttavia, dietro a queste nuove forme di organizzazione si cela spesso il mancato rispetto, totale o parziale, di norme sociali tra cui quelle relative alla previdenza sociale, con conseguente deterioramento, in buona sostanza, delle finanze di detti organismi, nella misura in cui ciò si traduca anche in una limitazione o totale evasione degli obblighi contributivi, ad esempio, in materia di previdenza sociale, e in particolare del pagamento dei contributi sociali. Per questo motivo, una delle strategie assunte dal Governo messicano fu quella di proporre una riforma della *Ley del Seguro Social* (LSS), attraverso la quale tentare di inquadrare giuridicamente questo tipo di situazioni, regolandole in maniera adeguata. L'idea di base era quella di monitorare, per poi "catturare" coloro che, celandosi dietro ad uno schema di subappalto, recano danno alle finanze dello Stato, in particolare, dell'Istituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), organismo in capo al quale è posta la gestione del sistema di previdenza sociale per i lavoratori subordinati. L'obiettivo era dunque quello di combattere gli evasori delle tasse e coloro che provavano a ridurre artificialmente i premi di rischio cercando pagare meno di quanto dovrebbero.

Dette riforme videro la luce il 9 luglio del 2009, quando venne pubblicato nel *Diario Oficial de la Federación* il decreto attraverso cui venivano riformate e aggiunte diverse disposizioni della LSS, con il fine di stabilire un nuovo quadro giuridico per le imprese che facessero ricorso al regime del subappalto.

Si tratta di modifiche che implicano un'idea di "datore di lavoro" che è funzionale rispetto alla previdenza sociale, ma che si allontana dal concetto di datore di lavoro proprio della legislazione del lavoro. Le caratteristiche di dette riforme sono le seguenti.

- 1) Si riforma la *fracción* VIII dell'articolo 5-A precisandosi che tra i soggetti obbligati vi sono tutti quelli segnalati nei vari articoli.
- 2) Si riformano le *fracciones* XX e XXI dell'articolo 304-A, che vengono adeguate in modo tale da ricomprendere le varie ipotesi di infrazioni che possono essere commesse dai datori di lavoro: nel caso della *fracción* XX si tratterebbe del mancato rispetto – o rispetto tardivo – dell'obbligo di affidare ad un commercialista pubblico autorizzato la gestione dei contributi da versare all'IMSS; nel caso della *fracción* XXI sarebbe ipotesi

di infrazione il fatto di notificare in modo estemporaneo, il farlo con dati falsi o incompleti o, ancora, l'omettere di notificare all'istituto il domicilio di ciascuna delle opere o fase di opera che realizzino datori di lavoro che sporadicamente o in modo permanente si dedichino all'industria edile.

3) Si riforma la *fracción* IV dell'articolo 304-B. Con questa riforma si vogliono modificare i casi in cui ricorrono gli estremi per una multa il cui importo sia da 20 a 350 volte il salario minimo giornaliero generale vigente nel DF.

Vengono poi aggiunti diversi commi all'articolo 15-A, con modifiche in cui si concentra buona parte degli obbiettivi di riforma della LSS, visto che è qui che si prova a caratterizzare il modello di subappalto, nel momento in cui si segnala che:

Salvo quanto disposto nei commi precedenti, quando un datore di lavoro o soggetto obbligato, a prescindere dalla sua personalità giuridica o natura economica, in virtù di un contratto, qualunque sia la sua forma o denominazione, come parte degli obblighi assunti metta a disposizione lavoratori o altri soggetti di garanzia affinché eseguano i servizi o lavori pattuiti sotto la direzione del beneficiario degli stessi, negli stabilimenti che questi decida, il beneficiario dei lavori o servizi assumerà gli obblighi stabiliti in questa legge nei confronti di quei lavoratori nel caso in cui il datore di lavoro non rispetti l'obbligo, a condizione che l'istituto avesse precedentemente notificato al datore di lavoro la relativa richiesta e questi non vi avesse provveduto.

Quest'impostazione risulta poi integrata da ulteriori obblighi a carico degli appaltanti, i quali dovranno informare l'IMSS trimestralmente circa le diverse caratteristiche di contratti come quelli precedentemente segnalati, quali chi li sottoscrive, i registri di identificazione fiscale, i dati degli atti costitutivi, se del caso, i rappresentanti legali, l'oggetto del contratto, la durata, il numero dei lavoratori coinvolti nel contratto, ecc., così come l'indicazione delle imprese che di quei servizi si stiano beneficiando. In questo modo, per quanto riguarda l'IMSS, la riforma persegue i propri obiettivi stabilendo con chiarezza a chi si debba rivolgere per richiedere il pagamento delle quote, giacché sarà il beneficiario dei servizi di subappalto colui che dovrà pagare nel caso in cui l'impresa di subappalto non lo faccia, anche se questa richiesta di pagamento sarà valida soltanto dopo che l'IMSS abbia rivolto la

medesima richiesta all'impresa di subappalto e quest'ultima non abbia provveduto a soddisfarla.

Come si può notare, dunque, non solo si avanza in direzione dell'adempimento degli obblighi da parte dei datori di lavoro, come il pagamento dei contributi all'IMSS, ma si tratta anche del riconoscimento dell'impresa di subappalto come datore di lavoro, circostanza che pone fine alla confusione che questo schema da sempre ha comportato. In questo modo, vi saranno casi in cui un'impresa potrà essere considerata o meno datore di lavoro, a seconda dell'ambito giuridico che si prenda in considerazione. Come segnalano alcuni esperti di finanza pubblica, con questa riforma nasce il concetto di "datore dell'outsourcing" e "datore beneficiario dell'outsourcing", aspetto che può essere per loro assai funzionale; tuttavia, la legislazione del lavoro non riesce ancora a recepire la finezza di questi ragionamenti. Non a caso, e il riferimento è in particolare alla riforma all'articolo 15-A, alcuni fiscalisti vi scorgono gli estremi dell'incostituzionalità, tanto sarebbe imprecisa e inesatta ⁽¹⁹⁾.

4) Si aggiunge infine un secondo comma all'articolo 75, con cui si tenta di far chiarezza sull'aspetto della classificazione dei lavoratori con riferimento all'assicurazione contro i rischi sul lavoro, per disporre così di un'adeguata classificazione presso l'IMSS.

Come si può notare, si tratta di un importante tentativo di regolare situazioni che erano sino a quel momento sfuggite alla legislazione sociale, in particolare in materia di previdenza sociale; anche se l'idea è che l'IMSS possa monitorare e controllare il regolare compimento degli obblighi assunti nei confronti dell'istituto, lasciando però da parte gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro ⁽²⁰⁾.

La riforma offre, in modo alquanto ambiguo, la possibilità per il datore di lavoro (in questo caso il beneficiario dei servizi) di sottrarsi agli obblighi che su di lui gravano in funzione del rapporto di lavoro, giacché consente che l'impresa di subappalto assuma, in suo nome, il ruolo di datore di lavoro, almeno per quanto riguarda la previdenza sociale.

Allo stesso modo, la riforma s'è detto che la riforma abbia introdotto una responsabilità solidale tra l'impresa beneficiaria dei servizi e quella che

⁽¹⁹⁾ Cfr. L.R. DÍAZ GONZÁLEZ, *Crítica a la reforma de la Ley del Seguro Social en materia de combate al outsourcing*, in *PAF – Prontuario de Actualización Fiscal*, 2009, n. 480, 85-90.

⁽²⁰⁾ Si segnala che queste disposizioni devono essere oggetto di un'ulteriore regolamentazione che indichi le modalità concrete di attuazione.

quei servizi fornisce; la verità, tuttavia, è che siamo di fronte al riconoscimento, piuttosto, di una responsabilità sussidiaria.

La differenza è di non poco conto se si considera che, nel primo caso, la responsabilità solidale comporta la possibilità di reclamare e richiedere un diritto indistintamente a una qualsiasi delle imprese coinvolte, vale a dire, tanto all'impresa subappaltatrice quanto a quella che dei servizi si beneficia, risultando infatti le due condebitrici. Ed è questo il modo in cui il legislatore sembrava aver voluto concepire la responsabilità nei primi articoli della LFT. Nel caso invece della responsabilità sussidiaria, esiste sì la possibilità di reclamare un diritto, ma in prima istanza nei confronti di una sola impresa, e soltanto nell'eventualità in cui questa, per svariate ragioni, non possa far fronte agli obblighi assunti, sarebbe allora possibile avanzare la richiesta all'impresa beneficiaria dei servizi, impostazione, dunque, che si allontana dagli schemi previsti dalla legislazione del lavoro. Il sistema che questa riforma delinea, in effetti, protegge, almeno in un primo momento, l'impresa beneficiaria, individuando nell'impresa di subappalto il soggetto cui dover richiedere in prima istanza l'adempimento degli obblighi.

Tuttavia, al riguardo, va evidenziata la risoluzione della Segunda Sala de la SCJN che ha dichiarato la costituzionalità dell'articolo 15-A della LSS, così come riformato il 9 luglio 2009, in cui si stabilisce che quando all'assunzione di lavoratori da parte di un datore di lavoro partecipi anche un intermediario, entrambi sono responsabili solidalmente per il compimento degli obblighi connessi alla previdenza sociale. La Segunda Sala, rigettando il ricorso di un'azienda del campo delle telecomunicazioni, la quale aveva addotto che tale norma violasse i principi di uguaglianza, libertà di commercio e concorrenza consacrati nella Costituzione, ha precisato come tale precetto faccia riferimento a un ambito normativo limitato all'universo di persone che hanno bisogno di appaltare servizi per sviluppare le loro attività commerciali, introducendo così una distinzione in base alla quale viene riservato un trattamento giuridico differenziato ed esclusivo per i due gruppi che fanno parte di questo universo, vale a dire, quelli che hanno bisogno di appaltare servizi per svolgere la propria attività, e quelli che invece questa necessità non la hanno. Secondo questa Sala, la norma impugnata non stabilisce una distinzione ingiustificata tra tutti i gruppi che costituiscono l'universo più ampio ed eterogeneo dei commercianti o prestatori di servizi nel momento in cui prevede diverse conseguenze giuridiche per coloro che

abbiano bisogno di appaltare servizi per svolgere le loro attività, nel rispetto delle disposizioni e degli obblighi stabiliti nella norma citata, e coloro che invece non ne hanno bisogno. Di conseguenza, l'articolo 15-A della LSS non viola il principio di uguaglianza, posto che non esistono in esso tratti di disuguaglianza ingiustificata tra gli uni e gli altri. Allo stesso modo, ha stabilito che il precetto in questione neppure viola i principi di uguaglianza e libertà di commercio previsti negli articoli 1 e 5 della Costituzione. Ciò in quanto esistono ragioni obiettive che giustificano un diverso trattamento per persone che non si trovano in situazioni di uguaglianza, anche quando svolgano le stesse attività, visto che coloro che non hanno bisogno di appaltare prestazioni di servizi ad un intermediario, adempiono direttamente ai propri obblighi di datori di lavoro. La Segunda Sala ha sottolineato infine come detto articolo non violi il principio di libertà di concorrenza di cui all'articolo 28 della Costituzione, e ciò in quanto non pone una restrizione che impedisca alle persone che esercitino attività commerciali di dedicarvisi, trattandosi invece di una norma finalizzata a regolare le condizioni che dovranno rispettare coloro che vogliono svolgere questo tipo di attività mediante contratti di prestazione di servizi, sia come intermediari che come datori di lavoro ⁽²¹⁾.

6. Le politiche pubbliche e il subappalto

Il subappalto della produzione è stato promosso dal Governo mediante le borse di subappalto e il sistema di subappalto indirizzato principalmente al settore automobilistico; tra gli altri, l'industria plastica e gli elettrodomestici ⁽²²⁾.

Il sostegno dato dal Governo federale al subappalto parte dal presupposto secondo cui sono le aziende piccole, micro e medie quelle che principalmente vengono subappaltate, tenendo in considerazione che oltre il 95% dell'industria si concentra in stabilimenti micro (87%), piccoli (9%) e medi (2%), i quali generalmente non dispongono della capacità tecnica né economica per offrire un prodotto finale, ricorrendo

⁽²¹⁾ Nell'outsourcing datore di lavoro e intermediario sono responsabili solidali nell'adempimento dei doveri di previdenza sociale.

⁽²²⁾ A. GARCÍA, L. MERTENS, R. WILDE, *op. cit.*

quindi al subappalto. Allo stesso tempo, sono le unità produttive in cui esistono maggiori possibilità di creazione di posti di lavoro.

Il sistema di subappalto funziona come una rete di informazione per divulgare e verificare le capacità produttive di chi offre processi produttivi registrati in Messico. Questo sistema, conformemente a quanto previsto dalla Direzione generale per la promozione delle micro, piccole e medie imprese e per lo sviluppo regionale della Secofi (attualmente Secretaría de Economía), opera per mezzo di un sistema computerizzato interconnesso ad internet. L'idea è vincolare l'offerta alla domanda di processi industriali con l'obiettivo di rafforzare il settore industriale attraverso un vincolo più stretto tra le catene produttive, e che consenta al tempo stesso di: sviluppare fornitori; integrare la capacità produttiva delle imprese; ottimizzare l'uso degli strumenti di cui dispone; permettere una specializzazione delle imprese nella fabbricazione di prodotti o parti di prodotti; così come generare un più intenso trasferimento di dati tra imprese attraverso la tecnologia.

Secondo quanto stabilito dalla Secretaría de Economía, esistono 7 borse regionali di subappalto operative in Aguascalientes, DF, Guadalajara, Monterrey, Pachuca, Puebla e Querétaro; e altrettante se ne stanno creando in Celaya, Ciudad Juárez, Chihuahua, Oaxaca, San Luis Potosí, Toluca e Torreón. Tuttavia, deve segnalarsi che lo sviluppo di queste borse di subappalto è stato assai limitato a causa di:

- struttura insufficiente o poco specializzata;
- ricezione non sistematizzata di domanda e offerta di subappalto;
- informazione non aggiornata e spesso poco veritiera;
- scarsa comunicazione tra le diverse borse che stanno operando;
- insufficiente diffusione della domanda internazionale;
- limitata promozione e diffusione dello schema di subappalto;
- un sistema multiplo di registro ed elaborazione dell'informazione, incompatibile tra le sue parti.

La promozione del subappalto si inserisce nel *Programa de Política Industrial y Comercio Exterior* per mezzo del Sistema para la Subcontratación Industrial (SSI). Il SSI cerca di sviluppare tramite Internet un sistema che promuova il subappalto a livello nazionale ed internazionale per:

- sostenere l'integrazione delle catene produttive;
- articolare aziende di diversa scala;
- contribuire alla sostituzione delle importazioni;

– promuovere esportazioni dirette e indirette.

Per altro verso, un ulteriore effetto nocivo del ricorso al subappalto è stato quello della riduzione delle tasse pagate al fisco, e in particolare il riferimento è all'imposta sul reddito: v'è chi segnala che l'evasione, in questo ambito, arrivi a circa 6 mila milioni di pesos all'anno. È esattamente per questo motivo che il Governo federale ha provato ad affrontare il tema proprio nell'ottica della politica fiscale.

Il Sistema de Administración Tributaria (SAT) annunciava, nel 2007, il suo programma di fiscalizzazione delle società cooperative e dei suoi clienti e, nel 2008, un programma di fiscalizzazione realizzato in forma congiunta con l'IMSS e l'Infonavit, finalizzato a combattere l'evasione fiscale che si verifica per mezzo del subappalto di personale, con un obiettivo iniziale di 455 aziende. Nello stesso mese si comunicava come diversi casi di evasione fiscale fossero stati scovati; nel marzo 2009 il SAT annunciava di aver effettuato oltre 500 verifiche da cui erano scaturite numerose denunce per evasione fiscale. Dette denunce comprendevano addirittura uffici atti a promuovere e suggerire schemi di subappalto. Si tratta, dunque, di un'azione dissuasiva dell'evasione fiscale, che in qualche modo ha messo in guardia le imprese, senza giungere, però, a sradicare queste pratiche illecite.

Allo stesso modo, nell'ottobre 2008, il SAT annunciava la sottoscrizione di un accordo di interscambio di informazioni con la Secretaría de Trabajo e non solo, e la Camera dei Deputati ebbe un confronto con il direttore generale del IMSS, al quale vennero dirette molteplici domande riguardo all'evasione fiscale mediante il subappalto.

Nel dicembre 2008 il SAT sporse una querela che derivava dall'emissione di un mandato di arresto contro un consulente fiscale che, a dire dello stesso SAT, era stato pioniere nella creazione e implementazione di sistemi fiscali aggressivi.

Il programma del Governo federale sembra indirizzato contro quelli che considera sistemi fiscali aggressivi implementati per mezzo di determinati tipi di società mercantili. Nel comunicato stampa del 16 giugno 2008 il SAT definisce il proprio obiettivo nei seguenti termini:

La condotta di evasione consiste nel trasferimento dei lavoratori dell'impresa a società cooperative, società in nome collettivo, imprese integranti e integrate, allo scopo di eludere il pagamento relativo alla

partecipazione agli utili, le tasse federali e locali, così come anche i contributi destinati alla previdenza sociale.

Quest'obiettivo è in relazione con il seguente *Criterio no vinculativo* (05/ISR – *Sociedades cooperativas. Salarios y previsión social*), pubblicato dal SAT nel *Diario Oficial de la Federación* del 9 gennaio 2008:

Si considera che realizzi una pratica fiscale indebita chi, per omettere in tutto o in parte il pagamento di qualche contributo o per ottenere un beneficio ai danni del fisco federale, costituisca una società cooperativa o con la stessa stipuli un contratto affinché quest'ultima gli offra servizi identici, simili o analoghi a quelli che i propri operai o prestatori di servizi gli offrono o abbiano offerto.

La società cooperativa che deduca gli importi consegnati ai propri soci di cooperativa provenienti dal fondo di previdenza sociale, così come il socio di cooperativa che non consideri tali importi come guadagni per i quali è obbligato a pagare l'ISR (imposta sul reddito) nella realizzazione o implementazione di una qualsiasi delle pratiche precedenti.

Questo criterio è applicabile anche alle società in nome collettivo o in accomandita semplice.

Da quanto affermato è possibile dedurre quanto segue in relazione alla portata e agli obiettivi del menzionato programma di fiscalizzazione. In primo luogo, il Governo federale combatte le strategie che prevedono di convertire i dipendenti in soci con l'obiettivo di ottenere benefici fiscali, in particolare mediante società cooperative, società in nome collettivo, e società in accomandita semplice.

Nel caso delle società cooperative, queste hanno un regime privilegiato previsto dalla LSS e, anche se questa legge stabilisce l'obbligo di registrare i soci delle società cooperative, le società di questo tipo registrate presso l'IMSS fino al 30 giugno 1997 ricevono un sussidio del 50% su una parte dei loro contributi di previdenza sociale.

Da parte loro, le società in nome collettivo e le società in accomandita semplice non hanno l'obbligo formale di registrare i propri soci presso l'IMSS, e neppure quello di pagare i relativi contributi al sistema della previdenza sociale. In questo modo, convertendo i dipendenti in soci, l'azienda riduce il proprio carico fiscale.

In secondo luogo, il Governo federale tenta di combattere le pratiche che ricadono sia nel terreno dell'evasione fiscale che in quello dell'elusione

fiscale. È curioso osservare come l'interesse per il pagamento delle tasse o dei contributi alla provvidenza sociale sia stato il primo cammino intrapreso in Messico per regolare il subappalto. Altrettanto importante risulta il fatto che, anche se il Governo federale promuove il subappalto, al tempo stesso, almeno da un punto di vista fiscale e della previdenza sociale, cerca di combattere l'evasione fiscale, e stabilire la responsabilità sussidiaria in materia di contributi alla previdenza sociale.

Seppure non possa negarsi che ci troviamo di fronte ad importanti sforzi e passi in avanti nell'obiettivo di controllare e regolare, direttamente o indirettamente, il subappalto, tutto ciò sembrerebbe però ancora insufficiente per poter parlare di un vero e proprio regime giuridico della materia, neppure come parte di una politica governativa che regoli il tema e sopprima le prassi nocive. Si tratta di sforzi che, sebbene possano essere osservati, e talvolta condivisi, anche se sempre in modo isolato, non appaiono tuttavia come uno sforzo ampio e articolato da parte dello Stato messicano, che ha dunque fallito nel tentativo di affrontare e sviluppare il tema in modo opportuno.

7. Il subappalto nella riforma del lavoro del 30 novembre 2012

Il 30 novembre 2012 è stato pubblicato nel *Diario Oficial de la Federación* il decreto che aggiunge, riforma e deroga diverse disposizioni della LFT, e una delle grandi novità introdotte è stata la regolazione della figura del subappalto. Figura che già appariva nelle relazioni di lavoro messicane, che la SCJN, la previdenza sociale attraverso l'IMSS e le disposizioni fiscali già avevano provato a regolare, come si è visto nei paragrafi precedenti, ma che mancava di una regolazione all'interno della LFT. Ora, il subappalto, così come appare nel nuovo testo della LFT, non è altro che la interrelazione dei rapporti commerciali e di lavoro tra tre soggetti: un datore di lavoro, denominato appaltatore che esegue opere o presta servizi con propri lavoratori alle sue dipendenze, in favore di un appaltante, persona fisica o giuridica, che definisce i compiti dell'appaltatore e lo supervisiona nello svolgimento dei servizi o nell'esecuzione delle opere pattuite.

7.1. Nozione

Il nuovo articolo 15-A della LFT si riferisce al lavoro in regime di subappalto, come a quello mediante il quale un datore di lavoro, denominato appaltatore che esegue opere o presta servizi con propri lavoratori alle sue dipendenze, in favore di un appaltante, persona fisica o giuridica, che definisce i compiti dell'appaltatore e lo supervisiona nello svolgimento dei servizi o nell'esecuzione delle opere pattuite.

7.2. Condizioni

Il lavoro in regime del subappalto deve soddisfare le seguenti condizioni:

- a) non può coprire tutte le attività, uguali o simili nel complesso, che si svolgano nel luogo di lavoro;
- b) deve trovare giustificazione nella sua natura specialistica;
- c) non può comprendere compiti uguali o simili a quelli che realizza il resto dei lavoratori al servizio dell'appaltante;
- d) il contratto stipulato tra la persona fisica o giuridica che richiede i servizi e un appaltatore, deve avere forma scritta.

Nel caso in cui tali condizioni non fossero soddisfatte, l'appaltante è considerato datore di lavoro a tutti gli effetti di cui alla LFT e in relazione agli obblighi in materia di previdenza sociale.

7.3. Responsabilità dell'impresa appaltante

L'impresa appaltante deve accertarsi, al momento della conclusione del contratto, che l'appaltatore disponga della documentazione e degli elementi propri sufficienti a soddisfare gli obblighi che derivino dal rapporto con i lavoratori.

7.4. Obblighi dell'impresa appaltante e delle unità di controllo

L'impresa appaltante è tenuta a controllare costantemente che l'impresa appaltatrice agisca in conformità con le disposizioni applicabili in

materia di previdenza sociale, salute e ambiente di lavoro, con riferimento ai dipendenti di quest'ultima.

L'impresa appaltante può soddisfare il suddetto obbligo attraverso un'unità di controllo debitamente accreditata e approvata dalla legge.

7.5. Divieto di subappalto

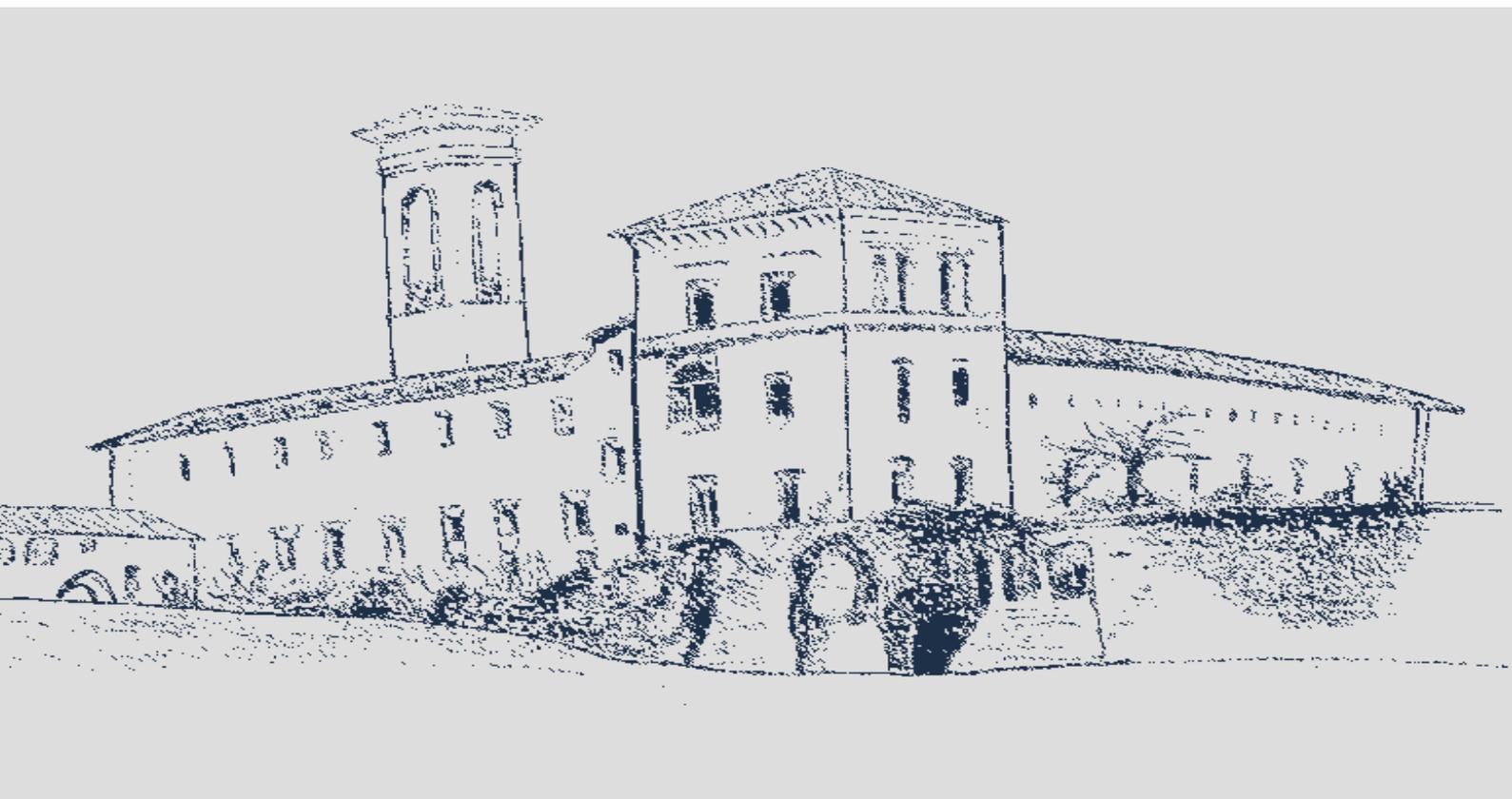
La legge vieta il subappalto quando vengano deliberatamente trasferiti lavoratori dall'impresa appaltante alla appaltatrice, allo scopo di comprimere i diritti afferenti al lavoro (articolo 15-D). Chiunque utilizzi il regime di subappalto di personale in modo doloso, è punito con una multa corrispondente da 250 a 5 mila volte il salario minimo generale (articolo 1004-C).

SOCI ADAPT

ABI	Confimi Impresa	Fondazione CRUI
Adecco Italia	Confindustria	Fondazione studi consulenti del lavoro
ADHR Group	Confindustria Bergamo	Fondirigenti
Agens	Confindustria Verona	GE Oil & Gas – Nuovo Pignone
AgustaWestland	Confprofessioni	Generazione vincente
Aifos	Conserve Italia	Gi Group
Ailog	Consorzio formazione&lavoro	Gruppo Manutencoop
ANCC-Coop	Coopfond-Legacoop nazionale	IKEA Italia Retail
ANCE	Cremonini	INAIL
Angem	CSQA Certificazioni	Inforgroup
ANINSEI	Dussmann Service	Isfol
Anmil Onlus	Ebinter	Italia lavoro
Associazione Industriali della Provincia di Vicenza	Ebiter Taranto	LVH-APA
Assolavoro	Electrolux Italia	Manpower
Assomea	Elior Ristorazione	Marelli motori
Assosistema	Enel	MCL
Bachelor	Eni	Micron Technology
Banca Popolare dell'Emilia Romagna	Esselunga	Obiettivo lavoro
Chiesi Farmaceutici	Farmindustria	Poste italiane
CIA	Federalberghi	Provincia di Verona
Cimolai	Federdistribuzione	Quanta
CISL	Federmeccanica	Randstad Italia
CISL FP	Federtrasporto	Sodexo Italia
CNA	Fedit	Synergie Italia agenzia per il lavoro
CNA pensionati	Ferrovie dello Stato italiane	Telecom Italia
Coldiretti	FILCA-CISL	UGL
Confagricoltura	Fincantieri	UIL
Confartigianato	FIPE	Umana
Confcommercio	FISASCAT-CISL	Unindustria Bologna
Confcooperative	FIT-CISL	Unindustria Treviso
Confesercenti	FLAEI-CISL	Union Labor

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro



ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS