

La gestione del rapporto di lavoro dopo le modifiche del *Jobs Act*: la prestazione di lavoro, mansioni e qualifiche, trasferimento e distacchi

Lo Smart Working e l'organizzazione del lavoro dopo l'esperienza del Covid-19

19 novembre 2021

Avv. Antonella Negri

Studio legale BonelliErede

1

JUS VARIANDI

JUS VARIANDI

- È disciplinato dall'art. 2103 c.c. (così come modificato dal D.Lgs. n. 81 del 2015 c.d. «*Jobs Act*»)
- Consiste nel diritto del datore di lavoro di modificare le mansioni e il luogo di svolgimento della prestazione di lavoro.

Art. 2103 c.c., co. 1:

«Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte»



Art. 2103 c.c., co. 2:

*«Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'**obbligo formativo**, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni».*

ASSEGNAZIONE DI MANSIONI INFERIORI

UNILATERALE

Requisiti:



Art. 2103 c.c., **co. 2 c.c.:**

«modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione lavoratore»

➤ **causali**



Art. 2103 c.c., **co. 4 c.c.:** *«ulteriori ipotesi (...) previste dai contratti collettivi»*

segue

- all'interno della **stessa categoria legale**;
- **1 livello di inquadramento inferiore**;
- **stesso trattamento retributivo**, ad eccezione degli *elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione (indennità)*;
- **forma scritta.**



Art. 2103, co. 5 c.c.:

«il **mutamento** di mansioni è

*comunicato per iscritto a pena di **nullità**»*

CONSENSUALE

Requisiti:



Art. 2103 c.c., **co. 6** c.c.:

- conservazione dell'occupazione

➤ **causali**



- acquisizione di una diversa professionalità



- miglioramento delle condizioni di vita

segue

- anche nell'ambito di una **categoria legale inferiore e/o di più livelli di inquadramento inferiori**;
- **retribuzione inferiore**;
- con accordo da stipularsi nelle **sedi di cui all'art. 2113, co. 4 c.c.** o avanti alle **commissioni di certificazione**.

ASSEGNAZIONE DI MANSIONI SUPERIORI

MANSIONI SUPERIORI

Art. 2103 c.c., co. 7:

*«Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto **al trattamento corrispondente all'attività svolta** e l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi, o in mancanza, dopo sei mesi continuativi»».*



Assegnazione definitiva e c.d. promozione automatica

(ovverosia quando l'assegnazione temporanea si protrae oltre i limiti di legge (6 mesi) o di CCNL), salvo

- sostituzione di un lavoratore con diritto alla conservazione del posto
- dissenso del lavoratore

**POSSIBILI CONSEGUENZE
IN CASO DI
DEMANSIONAMENTO
ILLEGITTIMO**

LE POSSIBILI CONSEGUENZE DI UN ILLEGITTIMO DEMANSIONAMENTO SONO:

- a) L'autotutela del lavoratore ➡ rifiuto di svolgere la prestazione;
- b) la reintegrazione del lavoratore nelle mansioni precedentemente svolte o in altre rispettose del 2103 c.c.;
- c) le dimissioni per giusta causa;
- d) il risarcimento del danno.

A) L'autotutela del lavoratore: il rifiuto di svolgere la prestazione

- **Eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.**

“nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria (...). Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede”.

B) La reintegrazione del lavoratore nelle mansioni

- Il giudice può condannare il datore di lavoro al ripristino della situazione originaria, disponendo la reintegrazione del lavoratore nella precedente posizione o in altra «equivalente» (ora conforme all'art.2103 c.c.)

C) Le dimissioni per giusta causa

- Il lavoratore può rassegnare le proprie dimissioni per giusta causa ex art. 2119 c.c.

D) Il risarcimento del danno

- Dall'illegittimo demansionamento possono derivare al lavoratore danni patrimoniali e non patrimoniali

IL TRASFERIMENTO

IL TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE

- Il datore di lavoro può disporre il trasferimento del lavoratore da una unità produttiva ad un'altra per **comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive.**



(“**unità produttiva**”: articolazione autonoma dell'impresa avente idoneità ad esplicare in tutto o in parte l'attività di produzione di beni o servizi)

- Per trasferimento deve intendersi il **mutamento definitivo del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa.**



(se mancasse il carattere definitivo si parlerebbe di **trasferta** NON di trasferimento)

LE “RAGIONI TECNICHE, ORGANIZZATIVE E PRODUTTIVE”

Requisiti:



Art. 2103 c.c., **co. 8** c.c.:

- devono sussistere **al momento** del trasferimento



N.B. il controllo giudiziale sul potere datoriale di mutare il luogo della prestazione di lavoro:

- deve accertare se tale potere sia stato esercitato o meno in relazione alle **esigenze oggettive dell'impresa**
- **non può sindacare l'opportunità** del trasferimento

LIMITI

- ✓ **Art. 33 della L. n. 104 del 1992:** il lavoratore disabile il primo avrà «*diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio*», mentre o il lavoratore che assiste un disabile, il secondo la sceglierà in base al domicilio della persona da assistere, e quindi «*non [possono] essere trasferiti senza il [loro] consenso*».
- ✓ **Art. 22 della L. n. 300 del 1970:** il trasferimento dall'unità produttiva dei **dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali** può essere disposto **solo previo nulla osta delle associazioni sindacali di appartenenza**
- ✓ **Contrattazione individuale e collettiva:** può prevedere altri limiti, ad esempio il CCNL Dirigenti Industria prevede che, salvo diverso accordo tra le parti, il trasferimento non possa essere disposto nei confronti del dirigente che abbia compiuto 55 anni oppure 50 se con figli minori di età (1).

(1) Disposizione così modificata dall'Accordo 30 luglio 2019, che ha eliminato la precedente distinzione uomo-donna.

L'OPPOSIZIONE DEL LAVORATORE AL TRASFERIMENTO

L'OPPOSIZIONE DEL LAVORATORE AL TRASFERIMENTO

Trasferimento è **legittimo**



Licenziamento per giustificato motivo soggettivo

(Cfr: Cass. 13 maggio 2013, n. 11414; Cass. 22 novembre 2012, n. 20614; Cass. 24 marzo 2010, n.7045; Cass. 15 dicembre 2005, n. 27679. Nel merito, C. App. Firenze 2 aprile 2013, n. 305; Trib. Milano 5 ottobre 2000).

segue

Trasferimento è **illegittimo**



- rifiuto del lavoratore legittimo con diritto alla retribuzione (Cfr.: Cass. 5 dicembre 2017, n. 29054; Cass. 10 giugno 2014, n. 13060, Cass. 27 ottobre 2010, n. 21967; Cass. 10 novembre 2008, n.26920; Cass. 25 maggio 2004, n.10047). Il rifiuto del lavoratore non deve essere contrario al principio di buona fede (Cass. 12 dicembre 2017, n.11408)
- eventuale licenziamento illegittimo

IL TRATTAMENTO FISCALE E CONTRIBUTIVO

Art. 51, comma 7 TUIR

le indennità di trasferimento **non concorrono** a formare il reddito **nella misura del 50%**

- per un importo complessivo annuo di max 1.549,37 per i trasferimenti all'interno del territorio nazionale e 4.648,11 per quelli fuori dal territorio nazionale o a destinazione in quest'ultimo.
- solo per le indennità corrisposte per il primo anno di trasferimento.



Non concorrono a formare il reddito

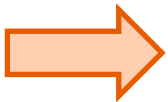
- le spese di viaggio e di trasporto delle cose
- le spese e gli oneri sostenuti in qualità di conduttore per recesso dal contratto di locazione in dipendenza dell'avvenuto trasferimento della sede di lavoro

LA TRASFERTA

- Il lavoratore rende la propria prestazione **temporaneamente** in luogo diverso dalla sua abituale sede di lavoro.
- La disciplina della trasferta è contenuta nei **contratti collettivi**, i quali possono – tra l'altro – prevedere specifiche indennità, rimborsi etc.

Art. 51, comma 5 TUIR

Le indennità percepite per le **trasferte** o le **missioni** :

 per le trasferte fuori del territorio comunale **concorrono a formare il reddito per la parte eccedente Euro 46,48 al giorno**

 per le trasferte all'estero **concorrono a formare il reddito per la parte eccedente Euro 77,47**

- In caso di rimborso delle spese di alloggio, o di vitto, o di alloggio o vitto fornito gratuitamente il limite è ridotto di un terzo.
- In caso di rimborso delle spese sia di alloggio sia di vitto il limite è ridotto di due terzi.
- In caso di rimborso analitico **non concorrono a formare reddito** i rimborsi di spese documentate relative a vitto, alloggio, viaggio e al trasporto fino massimo giornaliero di Euro 15,49 per trasferte fuori del territorio comunale, elevate a Euro 25,82 per le trasferte all'estero.

IL DISTACCO

IL DISTACCO

- È disciplinato dall'art. 30 del D. Lgs. 276/2003 (c.d. Legge Biagi)
- Presupposto: **dissociazione tra datore di lavoro formale e utilizzatore:**



Si configura quando il datore di lavoro distaccante, per soddisfare un proprio **interesse** (che deve sussistere per l'intera durata del distacco), pone **temporaneamente** (ossia in maniera non definitiva, indipendentemente dalla durata del periodo di distacco, purché quest'ultima sia connessa alla persistenza dell'interesse del distaccante) il lavoratore a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività.

IL DISTACCO

Requisiti:

- 1) interesse legittimo del distaccante
- 2) temporaneità



L'INTERESSE DEL DISTACCANTE

È la differenza tra il **distacco (lecito)** e **somministrazione (illecita)** di manodopera.

Nell'interpretazione ministeriale:

- “qualsiasi interesse produttivo che non coincida con quello alla mera somministrazione di lavoro altrui”
- l'interesse deve essere “**specifico, rilevante, concreto e persistente** per tutto il periodo di distacco”

(Circ. 15 gennaio 2004, n. 3 e circ. 24 giugno 2005, n. 24)

Nell'interpretazione giurisprudenziale:

- può avere anche **natura solidaristica** o fondarsi su **esigenze di formazione** del personale (Cass. 17 gennaio 2001, n. 594, Cass. 25 novembre 2010, n. 23933, Cass. 11 settembre 2020, n. 18959)
- **non** può consistere nel **mero risparmio di costi** o nella mera difficoltà economica del distaccante (Cass. 2 ottobre 2009, n. 2115)

NB: non rileva il mutamento del luogo in cui è resa la prestazione

L'INTERESSE ALL'INTERNO DEI GRUPPI DI IMPRESA

Gruppo di imprese



Società giuridicamente autonome le une dalle altre, ma soggette al potere di controllo e di direzione esercitato da una società del gruppo (c.d. capogruppo) ai sensi dell'art. 2359 c.c.



Medesimo disegno strategico finalizzato al raggiungimento di un unitario risultato economico (bilancio consolidato di gruppo)

Interesse al distacco delle società del gruppo



Risposta ad interpello n. 1 del 20 gennaio 2016: l'interesse del distaccante può coincidere nel comune interesse perseguito dal gruppo analogamente a quanto previsto dal legislatore per il contratto di rete.



Giurisprudenza: l'interesse del distaccante può coincidere con l'interesse del gruppo, nel senso che il distacco del lavoratore presso altra impresa va considerato legittimo se la prestazione così resa dal lavoratore presso il terzo può contribuire alla realizzazione dei fini del gruppo, al cui successo è, in ultima analisi, interessato lo stesso distaccante.

Cass. 21 aprile 2016, n. 8086

IL DISTACCO E LE DISCIPLINE PARTICOLARI

Nel caso in cui il distacco comporti un **mutamento di mansioni**



Consenso del **lavoratore**
interessato

Nel caso in cui il **distacco** comporti un **trasferimento a una unità produttiva sita a più di 50 Km** da quella in cui il lavoratore è adibito



Esistenza di comprovate ragioni:

- tecniche
- organizzative
- produttive
- sostitutive

IL DISTACCO: REQUISITO DI FORMA

Non è previsto alcun **requisito di forma**, né *ad substantiam* né *ad probationem*

Dal punto di vista pratico



✓ **Consigliabile redigere un documento** per dare evidenza scritta dell'interesse della società distaccante, soprattutto in caso di ispezioni.

N.B. la redazione di un documento è **ancora più consigliabile** nel caso di:

- mutamento di mansioni per dare atto del consenso del lavoratore
- spostamento ad unità produttiva distante più di 50 Km, per dare atto delle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive.

N.B. Risulta anche utile redigere un accordo, pur non richiesto ai fini della validità del distacco, anche tra distaccante e distaccatario per disciplinare i vari aspetti del distacco

IL RAPPORTO DI LAVORO DURANTE IL DISTACCO

Il **distaccante** (datore di lavoro formale) rimane **responsabile**

1. Retribuisce il dipendente

2. Paga i contributi all'INPS/INAIL

3. Compie tutti gli atti di gestione del rapporto di lavoro (p.e. il licenziamento)

Il **distaccatario**

Esercita il potere direttivo ed organizzativo

IL DISTACCO

LE CLAUSOLE OPERATIVE NEL CONTRATTO CON IL LAVORATORE

Le **premesse** del contratto



Finalizzate ad **evidenziare** l'interesse al distacco

La **durata** del contratto



Finalizzata ad **evidenziare** la **temporaneità** del distacco

Il **trattamento economico** previsto nel contratto

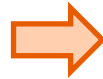


Finalizzata a **evidenziare** la specialità del trattamento ed il venir meno dello stesso con la cessazione del distacco

**POSSIBILI CONSEGUENZE
IN CASO DI
ILLEGITTIMITÀ DEL
DISTACCO**

LE CONSEGUENZE DELL'ILLEGITTIMITA' DEL DISTACCO

Distacco posto in essere in **assenza dei requisiti** di cui all'art. 30 comma 1, D. Lgs. 276/2003



Il lavoratore interessato può chiedere la **costituzione di un rapporto alle dipendenze di colui che ha beneficiato delle sue prestazioni.**



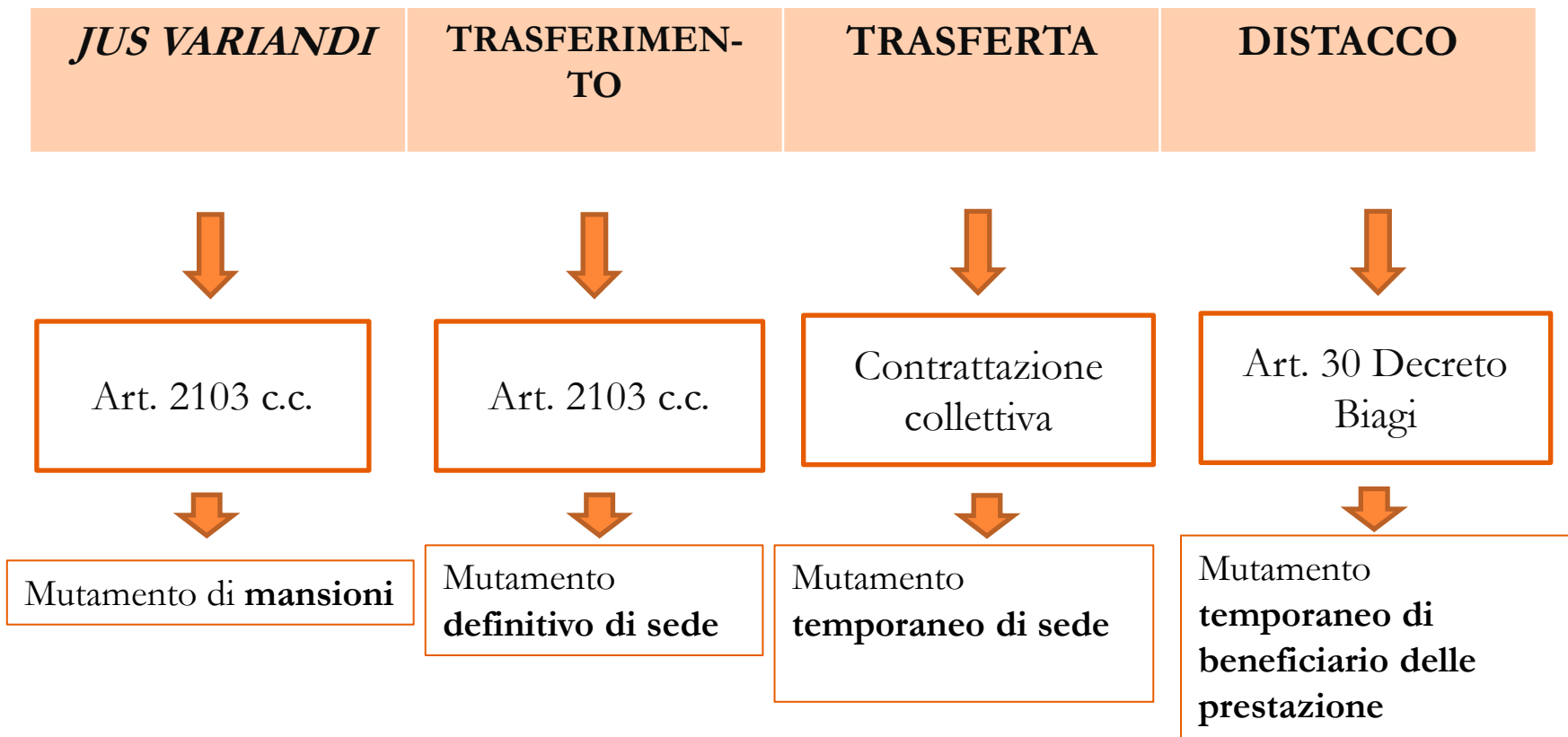
Sia il distaccante sia il distaccatario sono puniti con la **sanzione amministrativa** pari ad euro 60 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione (art. 18, comma 5 *bis* Legge Biagi come novellato dal D. Lgs. n. 8/2016, maggiorato del 20% come previsto dalla Legge di Bilancio 2019). La sanzione **non** può, in ogni caso, essere **inferiore** a 5.000 euro né superiore a 50.000 euro (art. 1, comma 6 D. Lgs. n. 8/2016). La somministrazione fraudolenta, inoltre, dall'entrata in vigore del c.d. Decreto Dignità (D.L. 87/2018) è tornata ad essere una fattispecie penalmente rilevante.

Conseguenze dell'illegittimità del distacco sugli obblighi antinfortunistici:

in caso di distacco fittizio non trova applicazione l'art. 3 comma sesto del D.Lgs. 81/2008 (TU Sicurezza) e gli obblighi di prevenzione e protezione vengono a gravare sia sul distaccante fittizio, il quale mantiene la qualifica di datore di lavoro in senso formale a norma dell'art. 2 del Testo Unico, sia sul distaccatario fittizio, il quale assume la qualifica di datore di lavoro di fatto dal momento che si serve concretamente del lavoratore (Cfr. Cass. IV sez. pen., 30 ottobre 2018, n. 49593 del 2018).

GLI ISTITUTI A CONFRONTO

GLI ISTITUTI A CONFRONTO



IL LAVORO AGILE (C.D. SMART WORKING)

SMART WORKING

DISCIPLINA GENERALE
(L. 22 MAGGIO 2017, N. 81)

La definizione di “lavoro agile”:

«modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa».



SMART WORKING

DISCIPLINA GENERALE
(L. 22 MAGGIO 2017, N. 81)

LA CORNICE NORMATIVA

La legge si limita a:

3.
prevedere regole
generali in materia di
**sicurezza sul
lavoro**

2.
richiedere l'invio
di un'**informativa**
**al Ministero del
Lavoro**

1.
richiedere un
**accordo scritto tra
le parti**
(che disciplini gli
elementi essenziali)

Il resto è lasciato alla volontà delle parti

DISCIPLINA GENERALE (L. 22 MAGGIO 2017, N. 81)

GLI ELEMENTI ESSENZIALI DELL'ACCORDO INDIVIDUALE

- ➔ la **durata** (t. determinato o t. indeterminato)
- ➔ il **preavviso di recesso** (non inferiore a trenta giorni)
- ➔ l'indicazione degli **strumenti utilizzati dal lavoratore**
- ➔ l'indicazione dei **tempi di riposo**
- ➔ la disciplina della **disconnessione** dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro
- ➔ la definizione di eventuali peculiari **forme di esercizio del potere direttivo** e delle modalità di esercizio del **potere di controllo** del datore di lavoro sulla prestazione
- ➔ le **condotte** che danno luogo all'applicazione di **sanzioni disciplinari**



DISCIPLINA GENERALE (L. 22 MAGGIO 2017, N. 81)

GLI ONERI DELLE PARTI IN MATERIA DI SICUREZZA

Il datore di lavoro

- ➔ deve **garantire la salute e la sicurezza del lavoratore**: informa il dipendente con **cadenza annuale** dei rischi generali e specifici connessi modalità di esecuzione della “prestazione agile”
- ➔ è **responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici** assegnati al lavoratore

Il lavoratore

- ➔ deve **cooperare all’attuazione delle misure di prevenzione** per fronteggiare i rischi connessi all’esecuzione della “prestazione agile”



DISCIPLINA GENERALE (L. 22 MAGGIO 2017, N. 81)

GLI OBBLIGHI INFORMATIVI IN CAPO AL DATORE DI LAVORO

Il datore di lavoro trasmette al Ministero del Lavoro*



un *file* riassuntivo delle
informazioni
principali relative al
rapporto di lavoro



un *file*
contenente l'accordo
sottoscritto con il
lavoratore

*singolarmente per ciascun
lavoratore, ovvero in “modalità
massiva”



Domande?