

Ispettorato nazionale del lavoro
Circolare 25 gennaio 2018, n. 3

Giampiero Falasca
Avvocato partner DLA Piper

Contrasto ai "contratti pirata" condivisibile ma privo di strumenti concreti

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro, con la circolare n. 3/2018, rilancia la lotta ai contratti "pirata", intesi come quegli accordi firmati da associazioni sindacali e datoriali dotati di rappresentatività ridotta. La circolare da un lato annuncia l'avvio di verifiche finalizzate ad accertare se la mancata applicazione dei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possa determinare problematiche di dumping, e dall'altro mette in luce i vantaggi che possono derivare dall'applicazione dei contratti firmati da soggetti muniti di maggiore rappresentatività comparativa (definiti, con espressione atecnica, i "contratti leader").

I vantaggi derivanti dall'applicazione dei c.d. contratti "leader"

La circolare ricorda che l'applicazione di contratti collettivi definiti come "leader" è indispensabile per il godimento dei "benefici normativi e contributivi" previsti dalla legge (art. 1, comma 1175, L. n. 296/2006), e che tali contratti collettivi rappresentano il parametro ai fini del calcolo della contribuzione dovuta, indipendentemente dal CCNL applicato ai fini retributivi (art. 1, comma 1, del D.L. n. 338/1989, e art. 2, comma 25, della L. n. 549/1995).

Inoltre, l'applicazione dei contratti collettivi firmati da soggetti muniti della maggiore rappresentatività comparativa consente di modellare le regole del lavoro flessibile, secondo quanto prevede l'art. 51 del D.Lgs. n. 81/2015.

Questa norma, come note, stabilisce che tutti i rinvii operati in favore della contrattazione collettiva, per modificare e adattare le regole sul lavoro flessibile, sono riferiti ad accordi collettivi stipulati da asso-

L'Ispettorato nazionale del lavoro pone l'attenzione sul fenomeno dei cosiddetti contratti "pirata" cioè quelli dotati di rappresentatività ridotta, avviando le verifiche sulla mancata applicazione dei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale

ciazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (e dalle rispettive rappresentanze aziendali).

Questo vuol dire che gli accordi sottoscritti da organizzazioni prive del requisito non hanno il potere di modificare le regole applicabili, ad esempio, al contratto di lavoro intermittente, al contratto a tempo determinato o a quello di apprendistato.

Rappresentatività comparativa: l'irrisolta questione dell'onere della prova

La circolare persegue una finalità del tutto nobile e condivisibile, anche se con l'attuale assetto giuridico la battaglia sembra destinata a trovare ostacoli difficili da superare.

Il concetto di "rappresentatività", maggiore o comparativa, infatti, è tanto chiaro sul piano teorico quanto difficile da applicare in sede giudiziale; la giurisprudenza di frequente rileva che, in assenza di prove specifiche ed oggettive, è impossibile stabilire quale contratto rientra nella nozione legale, non essendo sufficienti gli indici presuntivi definiti dal Ministero del lavoro.

Questi limiti - che dovrebbero stimolare, nella prossima legislatura, una riflessione seria sulla necessità di meccanismi oggettivi di misurazione della rappresentatività - non sono affrontati dalla circolare, e quindi resta aperto il tema più rilevante della vicenda: come provare che un certo contratto è firmato da soggetti muniti della rappresentatività comparativa?

Nell'ambito del contenzioso, il tema è ricorrente, e fornisce risposte molto chiare: chi vuole disconoscere la rappresentatività dei soggetti stipulanti un certo accordo ha l'onere dimostrato che il diverso contratto di cui si invoca l'applicazione sia quello comparativamente maggiormente rappresentativo.

La giurisprudenza, sul tema, ha chiarito che la maggiore rappresentatività comparata non può essere determinata a priori né può consistere in una attribuzione stabile e irreversibile del sindacato, ma deve essere verificata nel tempo attraverso la comparazione con le diverse associazioni¹].

Ne consegue che chi intende disconoscere un accordo collettivo in favore di un altro, è onerato della prova della maggiore rappresentatività delle organizzazioni sindacali che hanno sottoscritto l'accordo invocato²].

Questo principio è applicabile anche al caso in esame.

La giurisprudenza ha anche chiarito che non è certo dal confronto fra le previsioni dei diversi CCNL (e tantomeno dalla previsione di "minimali" retributivi maggiori o minori) che è possibile desumere la maggiore o minore rappresentatività, nell'ambito della medesima categoria, delle parti stipulanti³].

La questione si può affrontare anche da un diverso punto di vista, quello della maggiore rappresentatività comparativa delle organizzazioni che stipulano il contratto collettivi.

Oltre ai riferimenti numerici in termini di rappre-

sentatività, e oltre al fatto che hanno firmato contratti collettivi di rilevanza nazionale e l'attività sindacale, quello che effettivamente ha valenza al fine di qualificare una organizzazione sindacale o una confederazione sindacale come maggiormente rappresentativa, ai fini di questa indagine, è la presenza di propri rappresentanti in specifiche sedi istituzionali quali, ad esempio, il Consiglio Nazionale dell'Economia e Lavoro (CNEL). Si tratta tuttavia di un indice sussidiario, che da solo non ha valenza decisiva.

Il problema della libertà sindacale

Anche volendo passare sopra al problema dell'onere della prova, non si può pensare che esistano scorciatoie per imporre l'applicazione di un certo CCNL.

Esiste, infatti, un principio di libertà sindacale che impedisce al legislatore di imporre l'adozione di uno specifico contratto collettivo, ben potendo le imprese e i lavoratori decidere di applicare accordi sottoscritti da soggetti che hanno una minore rappresentatività.

Come noto, l'art. 39 della Costituzione così dispone: *«L'organizzazione sindacale è libera. Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge. È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica. I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti col-*

1. Così Cass. n. 12108 del 18 maggio 2010 «In tema di riparto dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c., l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto grava su colui che si afferma titolare del diritto stesso ed intende farlo valere, ancorché sia convenuto in giudizio di accertamento negativo. Ne consegue che nel giudizio promosso da una società per l'accertamento dell'insussistenza dell'obbligo contributivo preteso dall'Inps sulla base di verbale ispettivo, incombe sull'Istituto previdenziale la prova dei fatti costitutivi del credito preteso, rispetto ai quali il verbale non riveste efficacia probatoria. (Nella specie, la S.C., in applicazione del principio di cui alla massima, ha escluso che incombesse sulla società promotrice del giudizio di accertamento negativo del credito contributivo dell'Inps l'onere di provare l'inesistenza, dovendosi escludere che alle dichiarazioni dei lavoratori riportate nel verbale ispettivo potesse attribuirsi efficacia probatoria)».

2. Così il Tribunale di Torino, con sentenza del 13 gennaio 2009, che ha accolto l'opposizione proposta da una cooperativa che applicava il CCNL UNCI (e di conseguenza ha annullava la cartella esattoriale collegata), motivando la decisione sul fatto che la «maggiore rappresentatività comparata (...) non può essere determinata a priori e consistere in una attribuzione stabile e irreversibile del sindacato, ma deve essere verificata nel tempo attraverso la comparazione con le diverse associazioni. Ne consegue che l'INPS (...) è onerato della prova della maggiore rappresentatività delle organizzazioni sindacali che hanno sottoscritto l'accordo invocato (cioè quello siglato da CGIL/CISL/UIL con le altre Centrali Cooperative), rispetto a quello applicato dal ricorrente» (cioè il CCNL UNCI/CONFASAL). Tale sentenza è stata confermata dalla Corte d'Appello di Torino, che ha rigettato la tesi dell'Inps secondo la quale «per comune esperienza, le predette tre OO.SS. firmatarie (CGIL/CISL/UIL) del CCNL di categoria sono notoriamente quelle dotate di maggiore organizzazione e strutture, capacità negoziale e contrattuale ecc.» e quindi quelle comparativamente più rappresentative.

3. Tale lettura trova conferma anche negli indirizzi giurisprudenziali della Corte di Cassazione, la quale con numero pronunce ha affermato il principio secondo cui è onere dell'INPS, in materia di determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi, fornire la prova della dedotta maggiore rappresentatività di un sindacato firmatario di un contratto collettivo del quale si invochi l'applicazione. Merita di essere citata, ad esempio, la sentenza n. 3912 del 20 aprile 1999, con la quale la Cassazione ha escluso la sussistenza di una omissione contributiva conseguente all'applicazione da parte della società datrice di lavoro, ai fini del calcolo dei contributi, del CCNL UCICT-CISAL-FENASALC anziché del CCNL stipulato il 30 maggio 1991 dalla CONFCOMMERCIO con le confederazioni CGIL-CISL-UIL, non avendo l'INPS «fornito la prova della dedotta maggiore rappresentatività dei sindacati che ebbero a stipulare il CCNL del 30 maggio 1991».

lettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce».

L'imposizione di uno specifico CCNL – anche se stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente maggiormente rappresentative – rischia di andare in contrasto con l'art. 39 della Costituzione in materia di libertà sindacale, in quanto potrebbe concretizzarsi in un'indebita efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, in contrasto con la particolare procedura, peraltro mai attuata, prevista dal medesimo art. 39⁴.

Sotto questo profilo, è noto come il nostro ordinamento si caratterizzi per l'esplicito riconoscimento del pluralismo sindacale (così l'art. 39, comma 1 della Costituzione, per cui "L'organizzazione sindacale è libera"), il che implica l'esistenza di una pluralità di organizzazioni sindacali, sia datoriali sia dei lavoratori, e quindi di contratti collettivi di lavoro anche nel medesimo settore o comparto lavorativo.

I contratti collettivi di lavoro non possono avere formale efficacia *erga omnes* (cioè nei confronti dell'intera categoria di lavoratori ai quali il contratto si riferisce), se non attraverso il rispetto della particolare procedura sulla registrazione dei sindacati di cui al comma secondo e seguenti dell'art. 39 della Costituzione.

Tali disposizioni costituzionali, come noto, non hanno mai avuto attuazione nel corso della storia repubblicana, per cui, allo stato, i contratti collettivi di

lavoro sono regolati dal diritto privato (c.d. contratti di diritto comune), essendo inammissibile qualsiasi tentativo di attribuire efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi attraverso norme di legge, o tanto meno in via amministrativa, che si pongano al di fuori dello schema procedimentale, anche se rimasto lettera morta, dell'art. 39 della Costituzione⁵.

Il principio della libertà sindacale sancito dall'art. 39 della Costituzione, quindi, impone di fatto un regime di pluralismo contrattuale, ammettendo la possibilità della coesistenza di distinti contratti collettivi nella medesima categoria che regolino in modo differenziato i rapporti di lavoro degli aderenti alle rispettive organizzazioni stipulanti⁶.

Alla luce di tale principio, come già detto, la pretesa di imporre l'applicazione di un contratto collettivo, seppure solo ad alcuni fini, potrebbe violare il principio della libertà sindacale, nonché negoziale, in quanto il CCNL stipulato dalle attuali organizzazioni sindacali è pur sempre un contratto di diritto comune, soggetta alla disciplina prevista per quest'ultima tipologia di contratti⁷.

La legislazione richiamata dalla circolare sembra rispettare questi limiti, in quanto il rinvio ai contratti collettivi comparativamente più rappresentativi è limitato ad alcune specifiche previsioni e non coinvolge la c.d. parte obbligatoria; il tema è tuttavia sempre attuale, e resterà aperto fino a quando non sarà risolta, con interventi più incisivi, la questione della misurazione della rappresentatività. ●

4. Così anche T.A.R. Lombardia Milano, Sez. IV, 07 maggio 2008, n. 1329.

5. Si vedano, sul punto, le sentenze della Corte Costituzionale n. 156 del 1971 e n. 106 del 1962.

6. In tal senso cfr. Cass. n. 2644/1976 e Cass. n. 495/1975.

7. In tal senso cfr. Cass. n. 10762/2004; Cass. n. 7383/1996; Cass. n. 17250/2004.

IL TESTO DEL PROVVEDIMENTO

Ispettorato nazionale del lavoro
Circolare 25 gennaio 2018, n. 3
Oggetto: Mancata applicazione dei contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale - attività di vigilanza.

Sono pervenute a questo Ufficio delle segnalazioni che

evidenziano alcune problematiche legate alla mancata applicazione dei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, circostanza che, pur in presenza di un principio di "libertà sindacale", non è indifferente per il nostro ordinamento.

Va ricordato anzitutto che tali aspetti sono stati già in

parte affrontati dal Ministero del lavoro, con nota prot. n. 10599 del 24 maggio 2016, con la quale si era dato impulso ad una attività di vigilanza nel settore dei Servizi di Field Marketing.

Con la presente, nel ribadire la necessità di avviare ulteriori accertamenti nel citato settore, come già a suo tempo richiesto dalla ANASFIM (Associazione Nazionale delle Aziende di Servizi al Field Marketing), si ritiene utile estendere tali tipologie di verifiche in ogni altro ambito nel quale la mancata applicazione dei c.d. contratti leader possa determinare con maggiore frequenza problematiche di dumping.

Ciò premesso va dunque ricordato che l'ordinamento riserva l'applicazione di determinate discipline subordinatamente alla sottoscrizione o applicazione di contratti collettivi dotati del requisito della maggiore rappresentatività in termini comparativi. In particolare si evidenzia quanto segue:

- › ai sensi dell'art. 8 del D.L. n. 138/2011 in materia contratti di prossimità; eventuali contratti sottoscritti da soggetti non "abilitati" non possono evidentemente produrre effetti derogatori, come prevede il Legislatore, "alle disposizioni di legge (...) ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro". Ne consegue che il personale ispettivo, in sede di accertamento, dovrà considerare come del tutto inefficaci detti contratti, adottando i conseguenti provvedimenti (recuperi contributivi, diffide accertative ecc.);
- › l'applicazione di contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale è indispensabile per il godimento di "benefici normativi e contributivi", così come stabilito dall'art. 1, comma 1175, L. n. 296/2006;
- › il contratto collettivo sottoscritto dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale rappresenta il parametro ai fini del calcolo della contribuzione dovuta, indipendentemente dal CCNL applicato ai fini retributivi, secondo quanto prevede l'art. 1, comma 1, del D.L. n. 338/1989 unitamente all'art. 2, comma 25, della L. n. 549/1995.

Fermo restando quanto sopra, si ritiene utile in questa sede arricchire le considerazioni espresse con un ulteriore elemento di particolare rilievo. Trattasi della facoltà, rimessa esclusivamente alla contrattazione collettiva in questione, di "integrare" la disciplina normativa di numerosi istituti.

A tal proposito si ricorda anzitutto che l'art. 51 del D.Lgs. n. 81/2015 - recante, tra l'altro, la "disciplina organica dei contratti di lavoro (...)" - stabilisce che "salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria".

Pertanto ogniqualvolta, all'interno del medesimo Decreto, si rimette alla "contrattazione collettiva" il compito di integrare la disciplina delle tipologie contrattuali, gli interventi di contratti privi del requisito della maggiore rappresentatività in termini comparativi non hanno alcuna efficacia.

Ciò può avvenire, a titolo meramente esemplificativo, in relazione al contratto di lavoro intermittente, al contratto a tempo determinato o a quello di apprendistato. Ne consegue che, laddove il datore di lavoro abbia applicato una disciplina dettata da un contratto collettivo che non è quello stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, gli effetti derogatori o di integrazione della disciplina normativa non possono trovare applicazione. Ciò potrà comportare la mancata applicazione degli istituti di flessibilità previsti dal D.Lgs. n. 81/2015 e, a seconda delle ipotesi, anche la "trasformazione" del rapporto di lavoro in quella che, ai sensi dello stesso Decreto, costituisce "la forma comune di rapporto di lavoro", ossia il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Tutto ciò premesso, si invitano codesti Uffici ad attivare specifiche azioni di vigilanza rappresentando a questa Direzione gli esiti degli interventi che, in considerazione del numero dei lavoratori coinvolti, è possibile considerare particolarmente significativi.