

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

*Il nuovo apprendistato
fra ispezioni e sanzioni*

Pierluigi Rausei

anticipazione

Pubblicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)


Rivista di
ADAPT-CENTRO STUDI
"MARCO BIAGI"

N. 1/XXIII - 2013



GIUFFRÈ EDITORE

x. Apprendistato

x.1. Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 21 gennaio 2013, n. 5 (in  *Boll. Adapt*, 2013, n. 3).

Il nuovo apprendistato fra ispezioni e sanzioni

Sommario: 1. Indicazioni operative. – 2. L'accertamento sugli obblighi formativi. – 3. Le sanzioni per gli obblighi formativi. – 4. L'assenza del tutor o referente aziendale. – 5. Limiti numerici e oneri di stabilizzazione. – 6. L'apprendista con pregressa esperienza lavorativa. – 7. Apprendistato in somministrazione. – 8. Effetti del disconoscimento dell'apprendistato.

1. La circ. Min. lav. n. 5/2013 ha fornito, al personale ispettivo, ma anche agli operatori, le indicazioni operative sulla corretta impostazione delle attività di vigilanza nella disamina dei contratti e dei rapporti di apprendistato di cui al d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167 (cfr. M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Milano, 2011), come modificato dalla l. 28 giugno 2012, n. 92 (su cui M. TIRABOSCHI, M. MAGNANI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012), muovendo dall'esigenza di aggiornare i contenuti della circ. n. 29 dell'11 novembre 2011, alla luce della l. n. 92/2012, per consentire «una corretta applicazione delle sanzioni» previste dall'art. 7, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 167/2011, con una «casistica» delle «violazioni più ricorrenti».

2. Il primo chiarimento riguarda i profili sanzionatori dell'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 167/2011, relativi all'inadempimento datoriale nella erogazione della formazione. La circ. n. 5/2013 segnala come la norma individui due requisiti specifici: la esclusiva responsabilità del datore di lavoro e la gravità della violazione idonea ad impedire il conseguimento degli obiettivi formativi. Il Ministero prosegue dettagliando per ciascuna tipologia di apprendistato il rilievo della responsabilità datoriale, delineando i «margini» che consentono un intervento ispettivo declinato, alternativamente, a seconda dei casi, per il ripristino di «un corretto svolgimento del rapporto di apprendistato» oppure per «l'applicazione del regime sanzionatorio» previsto dalla legge.

Così, con riferimento all'apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale, la circ. n. 5/2013, richiamando la circ. n. 29/2011, precisa che la responsabilità del datore di lavoro può configurarsi se non consente all'apprendista «di seguire i percorsi formativi esterni all'azienda previsti dalla regolamentazione regionale» o se non effettua la «parte di formazione interna eventualmente prevista» dalla normativa regionale. La responsabilità datoriale richiede, quindi, quale necessario presupposto, che «i percorsi formativi esterni all'azienda, oltre ad essere stati disciplinati, siano stati anche

di fatto attivati». Pertanto, chi assume un apprendista per la qualifica o il diploma in un territorio in cui i percorsi formativi esterni non sono attivati «non potrà [...] essere ritenuto “esclusivamente” responsabile dell’obbligo formativo», con la conseguenza della non applicabilità della disciplina sanzionatoria, fermo restando l’adempimento delle procedure amministrative regionali per l’effettivo «coinvolgimento dell’apprendista nei percorsi formativi». Infatti, se i percorsi formativi sono stati attivati e il datore non ha effettuato gli adempimenti necessari, «il personale ispettivo sarà tenuto ad applicare la procedura sanzionatoria», adottando ove possibile la disposizione. Una importante precisazione opera con riguardo all’ipotesi dei percorsi formativi attivati «dopo l’avvio del rapporto di apprendistato»: in tal caso non si avrà «automaticamente un obbligo di recupero [...] di tutta la formazione non effettuata nel periodo antecedente», salvo che la normativa regionale subentrata non abbia disciplinato «specificatamente gli obblighi formativi concernenti i rapporti di apprendistato già avviati», giacché in tal caso la formazione andrà comunque recuperata per evitare la reazione sanzionatoria.

Riguardo all’apprendistato professionalizzante (contratto di mestiere), per il Ministero, le responsabilità datoriali derivanti da inesatto od omesso adempimento degli obblighi formativi vanno differenziate a seconda che si tratti «di formazione trasversale o di formazione di tipo professionalizzante o di mestiere». Così con riferimento alla *formazione trasversale*, disciplinata dalla normativa regionale, rileva quanto osservato per il primo apprendistato, con due precisazioni: se tal formazione è qualificata come “facoltativa”, non sussiste alcun obbligo e quindi nessuna sanzione, né potrà essere adottata la disposizione; se, invece, il contratto collettivo ha posto in capo «al datore di lavoro l’obbligo di erogare anche la formazione trasversale» (in assenza di intervento regionale), allora ciò determina un “ampliamento” della responsabilità formativa del datore, con applicazione, in caso di omissione, dei provvedimenti sanzionatori. Riguardo alla *formazione professionalizzante o di mestiere* la circ. n. 5/2013 ribadisce quanto già affermato nella circ. n. 29/2011, per cui la responsabilità del datore di lavoro si configura qualora «non effettuati la formazione interna in termini di “quantità”, contenuti e modalità previsti dal contratto collettivo e declinati nel piano formativo individuale».

Infine, in merito all’apprendistato di alta formazione e ricerca la circ. n. 5/2013 rinvia a quanto affermato a proposito del primo apprendistato, sancendo l’adottabilità dei provvedimenti sanzionatori, se risultano «disciplinati ed attivati i percorsi formativi» e il datore di lavoro non ha adempiuto alla formalizzazione del canale formativo regionale mediante le procedure amministrative previste. Se, però, l’apprendistato di alta formazione o ricerca è attivato, ai sensi dell’art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 167/2011, mediante convenzione stipulata dal datore di lavoro o dalla associazione di categoria cui aderisce con uno dei soggetti abilitati (università, istituti tecnici e professionali, istituzioni formative o di ricerca), gli ispettori

individuano le «responsabilità datoriali» avendo quale «unico parametro di riferimento» la sola convenzione, applicando le sanzioni o adottando la disposizione quando la *formazione interna* non è stata rispettata quantitativamente, contenutisticamente o nelle modalità di erogazione, ovvero quando la *formazione esterna* è affidata al datore di lavoro.

3. D'altro canto, dopo aver evidenziato le responsabilità datoriali per le omissioni relative agli obblighi formativi per ciascuna delle tre tipologie di apprendistato, la circ. n. 5/2013 chiarisce che l'accertamento delle violazioni connesse alla «mancata formazione dell'apprendista» deve ritenersi «di esclusiva competenza» del personale ispettivo del Ministero del lavoro.

In secondo luogo i chiarimenti ministeriali evidenziano che l'ambito di indagine attiene alla sola «formazione formale», nel senso di «apprendimento formale» (art. 4, comma 52, della l. n. 92/2012) di cui al d.i. 26 settembre 2012, che richiede un «contesto organizzativo e strutturato appositamente progettato» e la conclusione «in una convalida e in una certificazione».

Su tali premesse il personale ispettivo deve effettuare gli accertamenti sulla formazione formale, attraverso una disamina puntuale del contratto collettivo e del piano formativo individuale, per quanto attiene alla enucleazione dell'obbligo formativo, nonché della documentazione che ha certificato la formazione svolta e delle dichiarazioni acquisite dall'apprendista e da quanti possono confermarne l'effettivo svolgimento.

Da ultimo, con rilevanza di carattere quasi «normativo», la circ. n. 5/2013 illustra i casi nei quali l'inadempimento formativo può dirsi recuperabile e deve formare oggetto di disposizione (art. 14, d.lgs. n. 124/2004), anziché di provvedimento irrogante le sanzioni, che va adottato se non si può «recuperare il debito formativo».

In questa prospettiva il Ministero, dopo aver affermato che deve ritenersi «proporzionalmente più difficile» azzerare l'inadempimento «all'approssimarsi della scadenza del periodo formativo», allo scopo di «uniformare il comportamento ispettivo», individua esplicitamente, con parametri numerici predeterminati, i casi in cui si può adottare il provvedimento di disposizione.

Anzitutto, in un *contratto di apprendistato con durata del periodo formativo pari a 3 anni*, in ragione del momento in cui avviene la verifica ispettiva, la disposizione è sempre adottata se l'accertamento ha luogo nel primo anno di apprendistato, mentre in caso di accertamento durante il secondo anno la disposizione non può essere emanata se la formazione effettuata è inferiore al 40% di quella dovuta fino al giorno dell'ispezione, se l'accertamento avviene durante il terzo anno di apprendistato la disposizione non può essere emanata se la formazione effettuata risulta essere inferiore al 60% di quella dovuta fino al tempo dell'ispezione. Analogamente, con riferimento a un *contratto di apprendistato con durata del periodo formativo pari a 5 anni*, a seconda del momento in cui avviene l'ispezione, la disposizione deve essere sempre adottata se l'accertamento ha luogo durante il primo anno di apprendistato,

mentre in caso di accertamento negli anni successivi, la disposizione non può essere emanata nel secondo anno se la formazione effettuata risulta essere inferiore al 40% di quella dovuta, nel terzo anno al 50%, nel quarto anno al 60% e nel quinto anno al 70%.

Peraltro, la circ. n. 5/2013 specifica che, «nei casi di più complessa valutazione», è comunque opportuno «procedere alla emanazione della disposizione», da un lato perché in tal modo si permette «una possibilità di recupero del debito formativo», dall'altro perché quando il debito formativo non viene recuperato, ottemperando alla disposizione, il comportamento datoriale sarà sanzionato non solo con la sanzione di cui all'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 167/2011 (differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta maggiorata del 100%), ma anche con la sanzione amministrativa prevista dall'art. 11, comma 1, del d.P.R. n. 520/1955 (sanzione amministrativa da 515 a 2.580 euro).

Quando si deve applicare la sanzione previdenziale, gli ispettori procedono ad accertare le «sanzioni amministrative legate al disconoscimento del rapporto di apprendistato» con la riconduzione all'ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato («forma comune di rapporto di lavoro»), sia con riguardo a quelle derivanti dal computo del lavoratore nell'organico aziendale, sia per la violazione degli adempimenti amministrativi (corretta comunicazione obbligatoria di instaurazione del rapporto di lavoro e consegna della dichiarazione di assunzione al lavoratore).

4. Altro aspetto su cui si sofferma la circ. n. 5/2013 riguarda il caso del datore di lavoro che, violando le disposizioni contrattuali collettive, non affianca l'apprendista con un tutor o un referente aziendale, che devono possedere esclusivamente i requisiti individuati dalla contrattazione collettiva e svolgere i compiti da questa ad essi affidati *ex art.* 2, comma 1, lett. *d*, del d.lgs. n. 167/2011 (insegnamento delle materie oggetto di formazione interna, supervisione e controllo sullo svolgimento della formazione, raccordo tra apprendista e soggetto formatore). In questa ipotesi, il Ministero esclude che violazioni della disciplina relativa al ruolo del tutor/referente possano determinare «automaticamente l'applicazione del regime sanzionatorio [...] per mancata formazione dell'apprendista». La circolare, infatti, invita gli ispettori a verificare se la formazione è stata svolta nel rispetto dei parametri di quantità, di contenuti e di modalità operative secondo le previsioni del contratto collettivo, nonché se è stato rispettato in concreto il ruolo affidato al tutor/referente. Se è assegnato solo un ruolo di supervisione e controllo, secondo la circ. n. 5/2013, l'assenza del tutor/referente non può «mai comportare una mancata formazione» e le violazioni sono sanzionabili «esclusivamente» in via amministrativa, ai sensi dell'art. 7, comma 2, del d.lgs. n. 167/2011 (sanzione amministrativa da 100 a 600 euro). Mentre a fronte di un ruolo più significativo del tutor/referente gli ispettori devono «esplicitare e documentare le carenze formative derivanti dall'assenza del

tutor che si riverberano sul mancato raggiungimento degli obiettivi formativi».

5. La circ. n. 5/2013 si dedica poi ai limiti numerici per l'assunzione di apprendisti, annotando l'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 167/2011, come modificato dalla l. n. 92/2012, per cui il numero di apprendisti che un datore di lavoro con più di nove lavoratori può occupare (direttamente o tramite agenzie di somministrazione) apprendisti senza «superare il rapporto di 3 a 2 rispetto alle maestranze specializzate e qualificate in servizio presso il medesimo datore di lavoro», mentre per i datori di lavoro che occupano fino a nove lavoratori resta fermo il rapporto di 1 a 1 (ferma restando l'assunzione fino a 3 apprendisti per chi non ha dipendenti qualificati o specializzati, e fatta salva la disciplina per gli artigiani di cui all'art. 4 della l. n. 443/1985).

Il Ministero (richiamando i contenuti della risposta ad interpello n. 11/2010) conferma che i limiti numerici sono connessi «alla necessità di garantire una adeguata formazione» ed anche un coerente «affiancamento» dell'apprendista, per cui nel conteggio dell'organico per determinare il numero di apprendisti assumibili si possono inserire «lavoratori comunque rientranti nella medesima realtà imprenditoriale, anche se operanti in unità produttive o sedi diverse».

La circ. n. 5/2013 chiarisce poi che deve ritenersi corretto considerare fra le «maestranze specializzate e qualificate» anche «i soci o i coadiuvanti familiari che prestano attività lavorativa con carattere di continuità e abitudine», a condizione che abbiano «adeguate competenze» accertate dagli ispettori in base a parametri certi (hanno i requisiti del tutor/referente; possiedono una qualifica o una specializzazione derivante da un precedente rapporto di lavoro subordinato).

Sulla scorta di tali elementi, se il personale ispettivo riscontra la violazione dei limiti numerici deve disconoscere i rapporti di apprendistato instaurati oltre i limiti, riconducendoli ad ordinari rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, tuttavia in questa ipotesi la circolare prevede che dalla «trasformazione» dei rapporti si avranno soltanto le azioni di recupero contributivo, senza applicazione della più grave sanzione di cui all'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 167/2011, fermo restando il divieto per il datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro senza giusta causa o giustificato motivo e fatta salva l'applicazione delle sanzioni amministrative.

La circolare ministeriale chiarisce poi che solo la violazione dei limiti legali comporta la trasformazione del rapporto di lavoro, non così invece la violazione di più ristretti limiti numerici, eventualmente introdotti dalla contrattazione collettiva, dalla quale potrà scaturire una responsabilità risarcitoria di tipo civilistico e non pubblicistico.

Un altro tema affrontato riguarda la corretta applicazione dell'art. 2, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 167/2011, inserito dalla l. n. 92/2012, circa il nuovo obbligo legale di stabilizzazione degli apprendisti occupati nei tre anni precedenti, alla quale è subordinata l'assunzione di ulteriori apprendisti (30% fino al 17 luglio 2015, 50% dopo tale data, escludendo dal computo i casi di

recesso nel periodo di prova; dimissioni; licenziamento per giusta causa). Se non viene rispettata la percentuale legale di stabilizzazione rimane consentita l'assunzione di un ulteriore apprendista o comunque «di un apprendista in caso di totale mancata conferma degli apprendisti pregressi».

La circ. n. 5/2013 segnala poi, a titolo esemplificativo, alcune discipline contrattuali collettive che hanno attuato l'art. 2, comma 1, lett. *i*, del d.lgs. n. 167/2011, fissando oneri di stabilizzazione simili o più elevati rispetto a quelli introdotti dalla l. n. 92/2012, e, ribadendo quanto già anticipato nella circ. n. 18/2012, conferma che i datori che occupano meno di 10 dipendenti devono rispettare le clausole di stabilizzazione previste dal Ccnl applicato, mentre le aziende con almeno 10 dipendenti dovranno rispettare gli oneri di stabilizzazione previsti dalla legge. A parere di chi scrive, la confermata interpretazione ministeriale finisce per penalizzare, inaspettatamente, le microimprese, posto che la generalità dei Ccnl impone percentuali di stabilizzazione ben più elevate di quelle sancite dalla l. n. 92/2012 per le sole imprese con almeno 10 dipendenti.

Inoltre, richiamando il dettato normativo, i chiarimenti ministeriali sottolineano che il mancato rispetto degli oneri di stabilizzazione (legali o contrattuali collettivi) determinerà il disconoscimento dei contratti di apprendistato instaurati in violazione dei limiti legali, secondo un criterio cronologico (in base al momento della comunicazione di instaurazione), convertendone il rapporto lavorativo in un ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, anche in questo caso senza l'applicazione della più grave sanzione previdenziale (art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 167/2011).

Ancora riguardo agli oneri di stabilizzazione la circ. n. 5/2013 evidenzia che se il datore di lavoro è privo di apprendisti o non ha apprendistati venuti a scadere nel periodo considerato non ha alcun onere di stabilizzazione e, quindi, «non è evidentemente soggetto a particolari limitazioni in ordine a nuove assunzioni», fermi restando i limiti numerici.

6. Ulteriore problematica affrontata dalla circolare in esame attiene alla instaurazione di un rapporto di apprendistato con un lavoratore già in possesso di “qualificazione”, giacché se posseduta al momento dell'avvio del rapporto di lavoro, il contratto di apprendistato risulterebbe nullo «per l'impossibilità di formare il lavoratore rispetto a competenze di cui è già in possesso».

L'utile chiarimento sul tema riguarda la circostanza di un precedente rapporto di lavoro fra le stesse parti (odierno apprendista e datore di lavoro che lo assume), il quale se «di durata limitata», secondo le indicazioni ministeriali, «non pregiudica la possibilità di instaurare un successivo rapporto formativo».

La circolare richiama i principi espressi con risposta ad interpello n. 8/2007, riguardo all'esigenza di valutare, nel contesto del piano formativo individuale, se appare enucleabile «un percorso di natura addestrativa di carattere teorico e pratico», destinato ad un effettivo «arricchimento complessivo delle competenze di base trasversali e tecnico professionali del lavoratore» (cfr.

risposte ad interpello n. 2977/2005 e n. 38/2010, nonché Cass. 20 settembre 2010, n. 19834; P. RAUSEI, *Apprendistato. Giovani, lavoratori in mobilità e somministrazione*, Ipsoa, Milano, 2012, 39-40).

Sulla scorta di questa analisi, non sarà ritenuta legittima l'instaurazione di un rapporto di apprendistato se fra le parti è intercorso in precedenza un altro rapporto di lavoro, «in mansioni corrispondenti alla stessa qualifica oggetto del contratto formativo», per una durata complessivamente «superiore alla metà di quella prevista dalla contrattazione collettiva», per un periodo lavorativo «continuativo o frazionato».

7. La circolare si occupa anche della utilizzabilità del contratto di apprendistato mediante somministrazione di lavoro, per ribadire il divieto di utilizzo di apprendisti occupati da una agenzia con invio in somministrazione a tempo determinato, confermando invece il legittimo utilizzo degli apprendisti in caso di somministrazione a tempo indeterminato (*staff leasing*). In questo senso, la circ. n. 5/2013 declina la non applicabilità delle disposizioni contrattuali collettive di settore (art. 7, commi 4 e 5, del Ccnl 5 aprile 2012) che aprono, invece, anche alla utilizzazione in somministrazione a termine (cfr. M. TIRABOSCHI, *L'apprendistato in somministrazione: una opportunità mancata*, in M. TIRABOSCHI, M. MAGNANI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, cit., 120-123).

8. La circolare precisa, infine, che «in tutte le ipotesi in cui il rapporto di apprendistato venga disconosciuto» dagli ispettori (violazione degli obblighi formativi, dei limiti numerici, degli oneri di stabilizzazione, mancanza dei requisiti legali e contrattuali), il lavoratore va considerato titolare di un ordinario contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, conseguentemente vengono meno, con quelli previdenziali, tutti i benefici di carattere "normativo" (non computo in organico, sottoinquadramento, retribuzione percentualizzata). In particolare, per i profili retributivi, gli ispettori del lavoro dovranno «adottare il provvedimento di diffida accertativa» (art. 12 del d.lgs. n. 124/2004), relativamente al «differenziale» determinato dal corretto inquadramento del lavoratore.

Pierluigi Rausei

Dirigente del Ministero del lavoro e delle politiche sociali ()*

Docente di Diritto sanzionatorio del lavoro

Scuola di dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro

ADAPT – Università degli Studi di Bergamo

(*) Le considerazioni contenute nel presente intervento sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere impegnativo per l'Amministrazione alla quale appartiene.