

Matteo Corti

Il lavoro interinale “*Modell Deutschland*”.

Dall’europeizzazione al ritorno della regolazione

Sommario: **1.** Il modello tedesco di lavoro interinale nel contesto europeo. **2.** L’autorizzazione all’esercizio dell’attività di somministrazione di lavoro. **3.** Il contratto di fornitura di lavoro interinale. **4.** Il contratto di lavoro subordinato con l’agenzia. **5.** Le condizioni di lavoro: in particolare, il principio di parità di trattamento. **6.** Il salario minimo per i lavoratori interinali. **7.** Il ruolo dell’autonomia collettiva: dalla liberalizzazione al controllo. **8.** Il ruolo dei comitati aziendali. **9.** L’apparato sanzionatorio. **10.** Le oscillazioni del pendolo: il ritorno della regolazione.

1. *Il modello tedesco di lavoro interinale nel contesto europeo*

La dottrina tedesca parla volentieri di un modello tedesco di regolazione del lavoro interinale, contrapponendolo a quello francese¹: in effetti, Germa-

¹ Cfr., per es., BÖHM, *Umsetzung der EU-Leiharbeitsrichtlinie - mit Fragezeichen?!*, in *DB*, 2011, p. 473; WANK, *Die Neufassung des AÜG*, in *JahrbAR*, 2012, pp. 23-25; ID., *Änderungen im Leiharbeitsrecht*, in *RArbeit*, 2017, p. 110. Per un’interessante lettura della disciplina del lavoro interinale da parte di due giuristi, uno francese e uno tedesco, aggiornato però allo stato dell’arte precedente la riforma del 2011, v. RÉMY, FEUERBORN, *Le droit allemand et la directive 2008/104: histoire d’une libéralisation apparente du travail intérimaire sous l’influence européenne*, in *RDT*, 2010, p. 55 ss.

La legge sul lavoro interinale (*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, di seguito: AÜG) è oggetto di trattazione approfondita nei commentari tedeschi ad esso dedicati: v. tra i più recenti BOEMKE, LEMBKE (Hrg.), *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. BB Kommentar*, Deutscher Fachverlag, 2013; ULBER (Hrg.), *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar für die Praxis*, Bund Verlag, 2017; SANDMANN-MARSCHALL, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Kommentar mit Handbuch Zeitarbeit*, Luchterhand, 2018; THÜSING (Hrg.), *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: AÜG. Kommentar*, Beck, 2018. Per la trattazione della materia in lingua inglese v. WEISS, *Germany*, in BLANPAIN (ed.), *Private Employment Agencies*, *BCLR*, 1999, 255 ss.; ID., *Germany*, in BLANPAIN, GRAHAM (ed.), *Temporary Agency Work and the Information Society*, in *BCLR*, 2004, p. 127 ss.; WEISS, SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations*, Wolters Kluwer, 2008, pp. 64-68; WEISS, *Regulating Temporary*

nia e Francia sono stati pionieri in Europa nella legalizzazione di questa tipologia lavorativa, con l'adozione di testi normativi in materia nello stesso anno (1972), ma la disciplina è stata sin dall'origine completamente divergente. Il legislatore francese, guidato dalla preoccupazione preminente di non spiazzare il lavoro subordinato a tempo indeterminato "standard", ha puntato sulla creazione di una figura interstiziale, sostituto funzionale del contratto a termine: le caratteristiche salienti sono la coincidenza delle causali di apposizione del termine e di quelle che giustificano il ricorso alla somministrazione; la sincronizzazione del contratto di lavoro a tempo determinato con la missione, quest'ultima necessariamente di durata definita; il rigoroso obbligo di parità di trattamento tra lavoratori dell'agenzia e dipendenti comparabili dell'utilizzatore. Come è stato correttamente osservato, nel sistema francese l'agenzia svolge un ruolo assimilabile a quello di un intermediario piuttosto che di un somministratore².

Ben diversi i capisaldi del paradigma tedesco del lavoro interinale: l'agenzia è un vero e proprio datore di lavoro in senso lavoristico, che sopporta il rischio della mancanza di occasioni di somministrazione; per conseguenza, il contratto di lavoro è di regola a tempo indeterminato, e il somministratore è tenuto a retribuire il lavoratore anche quando non è in missione; i contratti di lavoro a tempo determinato sono consentiti nel quadro della disciplina di carattere generale limitativa dell'apposizione del termine³. Fino alla cruciale riforma operata dalla legge *Hartz I* (23 dicembre 2002), il legislatore ostacolava la traslazione del rischio d'impresa dall'agenzia al lavoratore limitando la durata delle missioni e imponendo il divieto di coincidenza tra il contratto a termine eventualmente stipulato con il lavoratore e la missione stessa (cd. *Synchronisationsverbot*). Dopo *Hartz*, liberalizzato

Work in Germany, in BLANPAIN, HENDRICKX (ed.), *Temporary Agency Work in the European Union and in the United States*, in *BCLR*, 2013, p. 113 ss. In lingua italiana v., infine, MÜCKENBERGER, *La disciplina del lavoro atipico in Germania*, in *RGL*, 1993, I, p. 545 ss.; ZACHERT, *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, Università degli Studi di Trento, 1995, pp. 103-107; BUSCHMANN, *Il lavoro a termine. La disciplina dei rapporti di lavoro a termine nella RFT*, in *QDLRI*, 2000, 23, pp. 220-221; FUCHS, *Il ruolo del diritto del lavoro e della sicurezza sociale nella crisi economica: l'esperienza tedesca*, in *DLRI*, 2013, pp. 743-745; M. CORTI, *Il lavoro interinale "Modell Deutschland": europeizzazione e ritorno*, in L. CALCATERRA (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea dopo la l. 78/2014*, Giappichelli, 2014, pp. 409 ss.; WEIDMANN, *Il regime tedesco della somministrazione di lavoro*, in *DRI*, 2014, p. 1193 ss.

² BÖHM, *op. loc. ult. cit.*

³ BÖHM, *op. loc. ult. cit.*

il regime delle missioni, la tutela del lavoratore somministrato viene concentrata sul principio di parità di trattamento con i lavoratori comparabili dell'utilizzatore, però derogabile dall'autonomia collettiva: il risultato pratico è stato lo spostamento dei compiti di tutela dalla legge ai contratti collettivi⁴, che si sono diffusamente avvalsi della potestà derogatoria loro attribuita.

D'altro canto, l'accoglimento del principio di parità di trattamento da parte del legislatore tedesco a partire dal 2001 ha favorito l'approvazione della dir. 2008/104/CE del 19 novembre 2008 sul lavoro interinale, che per lungo tempo si era arenata sugli scogli dell'opposizione non soltanto del Regno Unito (tradizionalmente ostile a qualsiasi iniziativa regolatoria dell'Unione in materia sociale), ma anche della Germania stessa: in effetti, i progetti di direttiva, incentrati su tale principio, erano assai più sintonici con l'archetipo francese del lavoro interinale che con quello tedesco⁵. Superato tale ostacolo, è bastata l'introduzione nella direttiva di un'apposita deroga affidata alle cure della contrattazione collettiva (art. 5, par. 3, dir. 2008/104/CE, chiaramente ispirato ad *Hartz I*), per spianare la strada all'approvazione definitiva del testo.

Il modello tedesco di lavoro interinale ha subito un processo di ibridazione, peraltro cominciato prima del recepimento della direttiva: in *Hartz I* (ma già nel *Job-AQTIV-Gesetz* dell'anno precedente) è palpabile l'influsso dei progetti europei allora in corso di discussione. Nei suoi originali capisaldi l'archetipo è però rimasto invariato, e le evoluzioni più recenti, compresa la stessa trasposizione della direttiva, testimoniano una sensibile "rinazionalizzazione". In effetti, il recepimento della dir. 2008/104/CE, avvenuto nel 2011 tramite due distinti provvedimenti legislativi, rispettivamente del 28 aprile e del 20 luglio, ha costituito l'occasione formale di una novella che mira soprattutto a riregolare e limitare l'utilizzo del lavoro interinale, venendo incontro alle preoccupazioni serpeggianti nell'opinione pubblica. Il ritorno della regolazione è stato completato con l'ultima modifica all'*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* (di seguito: AÜG), entrata in vigore il 1° aprile 2017⁶, che

⁴ BÖHM, *op. loc. ult. cit.*; SEIFERT, *Les travailleurs pauvres: nouveau défi pour le droit social allemand*, in AUVERGNON (a cura di), *Droit social et travailleurs pauvres*, Bruylant, 2013, pp. 179-180.

⁵ BÖHM, *op. loc. ult. cit.*; WANK, *Die Neufassung*, cit., p. 24.

⁶ Si tratta del *Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze*. Il dibattito scientifico aveva già abbondantemente commentato la fase progettuale dell'intervento legislativo. V., tra gli altri, BRORS, SCHÜREN, *Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für den Fremdpersonaleinsatz*, in NZA, 2014, p. 569 ss.; LEMBKE, *Gesetzesvorhaben der Großen Koalition im*

interviene, sempre nello stesso spirito, sulla disciplina della somministrazione di lavoro, sulla distinzione tra quest'ultima e l'appalto (il *Werkvertrag*), e perfino sulla nozione di lavoro subordinato (al fine di combattere l'uso fraudolento del lavoro autonomo – *Solo-Selbständigkeit*). La tendenza alla limitazione del lavoro interinale, il cui utilizzo è in effetti esploso dopo le riforme *Hartz*, risulta distonica rispetto agli obiettivi della direttiva, che sono anche di rimozione dei divieti e degli ostacoli che gli ordinamenti nazionali frappongono allo sviluppo del *business* delle agenzie (v. in particolare l'art. 4, dir. 2008/104/CE)⁷.

2. L'autorizzazione all'esercizio dell'attività di somministrazione di lavoro

L'attività di somministrazione è soggetta in Germania ad autorizzazione (*Erlaubnis*) (§ 1, co. 1, AÜG), rilasciata dall'Agenzia federale per il lavoro (*Bundesagentur für Arbeit*, di seguito: BA). La richiesta deve essere inoltrata in forma scritta e, per i primi 3 anni, deve essere reiterata di anno in anno: dopo 3 anni di esercizio ininterrotto dell'attività, l'autorizzazione può essere concessa a tempo indeterminato; essa peraltro si estingue qualora non sia utilizzata per 3 anni consecutivi (§ 2, co. 1, 4-5). L'autorizzazione può essere rilasciata sotto condizione e anche con riserva, quando una decisione definitiva sulla richiesta non sia possibile (§ 2, co. 2-3).

Il § 3, AÜG elenca i motivi di rifiuto (*Versagung*) dell'autorizzazione. Colpiscono immediatamente l'osservatore italiano talune peculiarità: anzitutto, l'elenco comprende, più che requisiti dell'agenzia, veri e propri obblighi della

Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, in *BB*, 2014, p. 1333 ss.; RÉMY, *Organiser le futur de l'Allemagne. Quelques points emblématiques du programme du gouvernement de "grande coalition" en droit du travail*, in *RDT*, 2014, pp. 290-292; DEINERT, *Kernbelegschaften – Randbelegschaften – Fremdbelegschaften*, in *RArbeit*, 2014, p. 65 ss.; HAMANN, „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze“ vom 17.02.2016, in *AR*, 2016, p. 136 ss. Sul testo poi definitivamente approvato v. DEINERT, *Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes im Betrieb*, in *RArbeit*, 2017, p. 65 ss.; HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz durch On-Site-Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung – offene Fragen und Anwendungsprobleme des neuen Rechts*, in *RArbeit*, 2017, p. 83 ss.; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017 – Eine Reformatio in Peius*, in *NZA*, 2017, p. 1 ss.; WANK, *Änderungen*, cit., p. 100 ss. Per un bilancio delle principali criticità interpretative a un anno di distanza dall'entrata in vigore della riforma v. SCHARFF, *Ein Jahr mit dem reformierten AÜG – Zeit für ein Resümee*, in *BB*, 2018, p. 1140 ss. V. inoltre anche *infra* in nota nei luoghi opportuni.

⁷ Cfr. DEINERT, *Kernbelegschaften*, cit., p. 72.

stessa. L'apparente stranezza si spiega con la circostanza che BA deve condurre un giudizio prognostico sulla capacità del somministratore di essere un "buon" datore di lavoro e, soprattutto, con il fatto che le ragioni di rifiuto dell'autorizzazione coincidono con quelle che giustificano il ritiro della stessa una volta iniziata l'attività di fornitura di manodopera (§ 5, co. 1, n. 3). È poi interessante notare che il legislatore tedesco non richiede alcun particolare requisito di forma giuridica o di solidità economica al somministratore: l'attività potrà dunque essere svolta anche in forma di società di persone o addirittura da un imprenditore persona fisica, purché siano offerte adeguate garanzie di serietà e solvibilità. Non è inoltre previsto alcun obbligo di esercizio in forma esclusiva o prevalente: l'attività di somministrazione potrà dunque essere svolta a fianco di altre attività anche più importanti (cd. *Mischbetriebe*).

L'autorizzazione può dunque essere negata quando esistono circostanze di fatto che lasciano presumere: l'inaffidabilità del richiedente a svolgere l'attività di somministrazione (in particolare, poiché non adempie gli obblighi datoriali o non rispetta le disposizioni di legge sulle trattenute contributive e fiscali, sulla mediazione tra domanda e offerta di lavoro, sull'impiego di lavoratori stranieri, sulla durata massima della missione, sulla salute e sicurezza del lavoro); l'incapacità del richiedente di adempiere regolarmente agli obblighi datoriali, in considerazione della sua (insufficiente) organizzazione d'impresa; il mancato rispetto da parte del richiedente dell'obbligo di garantire al lavoratore interinale, durante la missione, condizioni di lavoro, compresa la retribuzione, pari a quelle stabilite nel § 8, AÜG (§ 3, co. 1, n. 1-3). L'autorizzazione può essere negata altresì a cittadini e società straniere, o a società di diritto tedesco che non abbiano la propria sede statutaria, l'amministrazione o almeno la filiale principale in Germania; i cittadini e le società degli Stati membri dello Spazio economico europeo possono ottenere l'autorizzazione alle medesime condizioni dei tedeschi (§ 3, co. 3-4).

L'autorizzazione può essere revocata (*Rücknahme*) quando sia stata rilasciata *non jure* (§ 4), mentre il ritiro (*Widerruf*) avviene, come già detto, per le medesime ragioni per le quali avrebbe potuto essere rifiutata l'autorizzazione, oppure quando quest'ultima sia stata concessa sotto riserva o soggetta a condizioni non soddisfatte dal richiedente (§ 5): sia la revoca che il ritiro non hanno efficacia retroattiva. Il § 7, AÜG contempla un intenso flusso informativo a carico delle agenzie nei confronti di BA. Anzitutto, esse devono comunicare a BA tutte le modifiche più importanti dell'organizzazione aziendale e, quando l'autorizzazione sia stata rilasciata a una persona giuri-

dica, anche ogni modifica degli organi direttivi o dei legali rappresentanti; i somministratori sono inoltre tenuti a fornire tempestivamente su richiesta di BA ogni informazione che quest'ultima ritenga necessario acquisire, e devono conservare la documentazione inerente la propria attività per 3 anni (§ 7, co. 1-2). BA ha, infine, il diritto di compiere ispezioni presso le agenzie e, qualora vi sia *periculum in mora*, anche perquisizioni senza l'autorizzazione del giudice (§ 7, co. 3-4).

3. Il contratto di fornitura di lavoro interinale

Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo stipulato tra il somministratore (*Verleiher*) e l'impresa utilizzatrice (*Entleiher*) è stato tradizionalmente oggetto di scarsa attenzione da parte del legislatore tedesco, che si limitava a tratteggiarlo con relativa rapidità nel § 12, AÜG. La situazione è, però, cambiata radicalmente con la riforma del 2017: proprio nella riscrittura della fattispecie sottesa a tale contratto e della relativa disciplina risiede il cuore della strategia governativa, volta a reprimere l'utilizzo dei *Werkverträge* per realizzare meri appalti di manodopera e a ricondurre il lavoro interinale alla sua funzione originaria di soddisfacimento di esigenze esclusivamente temporanee delle imprese⁸. Nel perseguimento del primo obiettivo, la novella del 2017 introduce per la prima volta nella legge la nozione di fornitura di lavoro temporaneo (*Arbeitnehmerüberlassung*), ripresa dalla giurisprudenza del Tribunale federale del lavoro (*Bundesarbeitsgericht*, di seguito: BAG)⁹. Essa si realizza quando il lavoratore, per l'espletamento della propria attività lavorativa, viene "inserito nell'organizzazione produttiva dell'utilizzatore e assoggettato alle sue direttive" (§ 1, co. 1, 1° periodo). Qualora la fattispecie si realizzi nell'esecuzione concreta della relazione contrattuale, ma il *nomen iuris* speso dalle parti sia diverso (per es. sia stato indicato un *Werkvertrag*), il giudice è tenuto a riqualificare il contratto e si applicherà l'AÜG (§ 12, co. 1, 2° periodo, introdotto con la riforma del 2017)¹⁰.

⁸ Cfr. DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 74; SCHARFF, *op. cit.*, p. 1140.

⁹ WANK, *Änderungen*, cit., p. 102.V., per es., BAG 8 novembre 1978-5 AZR 261/77; BAG 22 giugno 1994, in *NZA*, 1995, p. 462; nonché da ultimo BAG 27 giugno 2017-9 AZR 133/16.

¹⁰ DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 73; WANK, *op. loc. ult. cit.* HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., pp. 86-87, rileva correttamente che la novella del 2017 ha introdotto l'indisponibilità del tipo contrattuale (*Vertragstypenzwang*) anche per il contratto di fornitura di lavoro interinale.

L'AÜG prescrive per il contratto di somministrazione la forma scritta e un contenuto minimo, che abbraccia la dichiarazione dell'agenzia di essere in possesso dell'autorizzazione, le mansioni ricoperte dal lavoratore interinale e la qualifica professionale necessaria per svolgerle, le condizioni essenziali di lavoro, compresa la retribuzione, applicate nell'impresa utilizzatrice per un lavoratore comparabile (quest'ultima indicazione non deve essere inserita qualora si applichi un contratto collettivo che consente la deroga al principio di parità di trattamento – v. *infra* il par. 5). La riforma del 2017 ha arricchito i requisiti formali del contratto, con finalità antielusiva: e così le parti devono indicarvi espressamente che si tratta di somministrazione di lavoro prima che il lavoratore cominci la propria attività (§ 1, co. 1, 5° periodo)¹¹. Prima dell'inizio della missione i contraenti devono anche individuare il lavoratore somministrato con specifico riferimento al contratto di fornitura (§ 1, co. 1, 6° periodo)¹². La fornitura di lavoro temporaneo è possibile soltanto se il somministratore è titolare del contratto di lavoro con il lavoratore, cosicché la somministrazione (*rectius* distacco) a terzi di lavoratori da parte dell'impresa utilizzatrice non è oggi più possibile, salvo che quest'ultima sia a propria volta autorizzata alla fornitura di lavoro interinale (§ 1, co. 1, 3° periodo, introdotto dalla riforma del 2017, che vieta la cd. somministrazione a catena – *Kettenverleih*). Il difetto di forma scritta comporta la nullità del contratto ai sensi del § 125, *Bürgerliches Gesetzbuch* (il codice civile – di seguito: BGB), eventualmente parziale, quando manchino soltanto uno o più degli elementi prescritti dalla legge: nel dubbio, tuttavia, la nullità parziale si trasmetterà all'intero contratto *ex* § 139, BGB¹³ (secondo il quale l'intero negozio giuridico risulta travolto dalla nullità parziale, qualora

Per una lettura piuttosto critica di questa novità v. KAINER, SCHWEIPERT, *Werkverträge und verdeckte Leiharbeit nach dem neuen AÜG*, in *NZA*, 2017, p. 13 ss.

¹¹ Benché dal punto di vista sistematico la collocazione dei requisiti del contratto di fornitura in paragrafi diversi dell'AÜG crei qualche problema, non vi sono dubbi che anche questa indicazione debba essere effettuata in forma scritta. Cfr. HENSSLER, *op. ult. cit.*, p. 88.

¹² Si discute se anche in questo caso debba essere osservata la forma scritta. Propende per la soluzione negativa HENSSLER, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale si imporrebbe anche una riduzione teleologica della disposizione, che escluderebbe dall'obbligo le agenzie esclusivamente dedite alla somministrazione di lavoro (p. 89). Concordano sul fatto che la forma scritta non sia prevista anche LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., pp. 8-9, secondo il quale sarebbe però fortemente raccomandata per comprensibili finalità probatorie, e SCHARFF, *op. cit.*, p. 1144.

¹³ Cfr. GOTTHARDT, § 12. *Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher*, in HENSSLER, WILLEMSSEN, KALB (Hrg.), *Arbeitsrecht Kommentar*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2012, p. 518; WANK, § 12. *Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (Hrg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2017, p. 684.

non vi sia ragione di presumere che, pur senza la parte viziata, il negozio stesso sarebbe stato comunque concluso). Le conseguenze per il contratto di lavoro saranno approfondite *infra* al par. 9.

Il contratto di somministrazione può essere stipulato a tempo determinato o indeterminato, e anche sottoposto a condizione risolutiva¹⁴: va, tuttavia, ricordato che dopo la novella del 2011 “la fornitura di lavoratori avviene in via temporanea” (*vorübergehend*: § 1, co. 1, 4° periodo, AÜG). L’innovazione è stata giustificata non soltanto con l’esigenza di ricondurre la somministrazione a un uso più fisiologico e di evitare la distruzione di posti di lavoro stabili presso le imprese utilizzatrici, ma anche con la necessità di adeguamento alla direttiva 2008/104/CE¹⁵: quest’ultima, infatti, nel definire il proprio ambito di applicazione fa riferimento a “lavoratori” impiegati dalle agenzie e “assegnati a imprese utilizzatrici per lavorare *temporaneamente* e sotto il contratto e la direzione delle stesse” (corsivo dello scrivente) (art. 1, par. 1, dir.); l’avverbio fa peraltro la sua comparsa anche nelle definizioni (art. 3, par. 1, lett. b-e, dir.). Una parte della dottrina ha fatto notare che la direttiva non esige affatto che la somministrazione avvenga soltanto in via temporanea: essa delimiterebbe piuttosto il proprio campo di applicazione alla somministrazione a tempo determinato, evitando di occuparsi dell’ipotesi in cui il lavoratore sia stabilmente distaccato presso l’impresa utilizzatrice¹⁶.

Il legislatore del 2011, comunque, non era tornato con piena convin-

¹⁴ BARTL, ROMANOWSKI, *Keine Leiharbeit auf Dauerarbeitsplätzen!*, in *NZA*, 2012, p. 846; GOTTHARDT, *op. ult. cit.*, p. 519; WANK, *op. ult. cit.*, p. 685.

¹⁵ KALB, § 1. *Erlaubnispflicht*, in HENSSLER, WILLEMSSEN, KALB (Hrg.), *op. cit.*, p. 478; WANK, *Die Neufassung*, cit., p. 27; ZIMMER, „Vorübergehender“ Einsatz von LeiharbeiterInnen, in *AR*, 2012, p. 423; DEINERT, *Kernbelegschaften*, cit., p. 70. Anche l’Avvocato Generale Szpunar nel caso AKT ha autorevolmente sostenuto l’opinione che il contratto di lavoro interinale sia di natura intrinsecamente temporanea e non debba risolversi nella distruzione o spiazzamento di regolari rapporti di lavoro con l’utilizzatore (cfr. ZIMMERMANN, *Tätbestandsrätsel “vorübergehend” – weiter ungelöst*, in *NZA*, 2015, p. 539). Tuttavia, la Corte sul punto non si è pronunciata: v. C. Giust. 17 marzo 2015, C-533/13 (caso AKT), in *FI*, 2015, IV, c. 248, nt. A. M. PERRINO; in questa rivista, 2015, p. 606, nt. K. GABOR; in *RGL*, 2015, II, p. 409, nt. S. BORELLI. Sulla questione v. anche KRÜGER, *Temporary Agency Workers work “Temporarily”. A European and German Interpretation of the Notion “Temporarily”*, in *ELLJ*, 2016, p. 576 ss.

¹⁶ Cfr., per es., HUKÉ, NEUFELD, LUICKHARDT, *Das neue AÜG: Erste Praxiserfahrungen und Hinweise zum Umgang mit den neuen Regelungen*, in *BB*, 2012, p. 964; LEMBKE, *Arbeitnehmerüberlassung im Konzern*, in *BB*, 2012, pp. 2500-2501; THÜSING, STIEBERT, *Zum Begriff „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG*, in *DB*, 2012, pp. 633-634; THÜSING, *Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung: Neues vom BAG, vom EuGH und auch vom Gesetzgeber*, in *NZA*, 2014, p. 12. Per argomenti simili in giurisprudenza v., per es., *Arbeitsgericht* (di seguito: ArbG) Leipzig 22 agosto 2012, 6 BV 76/11.

zione a delimitare temporalmente la durata delle missioni: si era infatti astenuto dal fissare un termine massimo (come avveniva prima di *Hartz I*) e non aveva previsto nemmeno le conseguenze sanzionatorie per il caso di missione non più "temporanea", affidando tali compiti interpretativi delicatissimi alla dottrina e alla giurisprudenza. Alla babele interpretativa che ne era seguita¹⁷, ha posto meritoriamente fine la riforma del 2017, concretizzando il requisito della temporaneità e precisando le conseguenze sanzionatorie del suo mancato rispetto (per quest'ultimo profilo v. *infra* il par. 9). Così ora il § 1, co. 1, 4° periodo, AÜG è completato con il riferimento alla durata massima esplicitata nel co. 1b del medesimo § 1. Più precisamente, un lavoratore interinale non può essere impiegato presso lo stesso utilizzatore per più di 18 mesi¹⁸: missioni diverse, intervallate da un periodo pari o inferiore a 3 mesi, contribuiscono al conteggio complessivo, anche qualora sia cambiata l'agenzia di somministrazione (§ 1, co. 1b, 1° e 2° periodo).

Per ammorbidire la reintroduzione del termine massimo di durata della missione, la legge consente all'autonomia collettiva di derogarvi (§ 1, co. 1b, 3°-7° periodo). I contratti di categoria delle imprese utilizzatrici possono stabilire periodi massimi diversi, sia inferiori che superiori¹⁹, e anche affidare alle pattuizioni tra il comitato aziendale e il datore di lavoro (le *Betriebsvereinbarungen*) il compito di individuare tali termini invalicabili (cd. clausole di apertura). Anche le imprese che non applicano il contratto collettivo possono giovare delle deroghe che introduce, seppur con taluni aggiustamenti²⁰:

¹⁷ Per un quadro preciso del panorama dottrinale e giurisprudenziale v. FEUERBORN, *Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Arbeitnehmerüberlassung im Jahr 2013*, in *JahrbAR*, 2014, p. 90 ss.; NIESSEN, FABRITIUS, *Was ist vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung – Das Rätsel weiter ungelöst?*, in *NJW*, 2014, p. 263 ss.

¹⁸ Il termine è stato considerato in dottrina di lunghezza appropriata: non così breve da pregiudicare le esigenze di flessibilità delle imprese, ma nemmeno così lungo da consentire la sostituzione di lavoratori stabili dell'utilizzatore. Cfr. HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 137.

¹⁹ Non sono autorizzati, però, a eliminare puramente e semplicemente il tetto, senza stabilirne uno diverso: DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 76; SEIWERTH, *Gestaltung der neuen Überlassungshöchstdauer des AÜG durch Tarifvertrag*, in *NZA*, 2017, p. 479 ss., secondo il quale i partners sociali non potrebbero spingersi oltre i 6 anni; WANK, *Änderungen*, cit., p. 108. Nel senso che la somministrazione a tempo indeterminato di un lavoratore sarebbe contraria alla direttiva cfr. HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 97, che però ammette anche l'individuazione di casuali temporanee, invece di termini rigidi.

²⁰ Una privazione totale di questo vantaggio avrebbe violato la loro libertà negativa di associazione sindacale, costituzionalmente protetta dall'art. 9, par. 3, GG: cfr. HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 138.

tramite pattuizione aziendale possono recepire la durata massima da esso direttamente stabilita²¹ o impiegare i lavoratori interinali fino a 24 mesi²², quando il CCNL preveda una clausola di apertura (e sempre che quest'ultima non fissi un termine diverso, più breve o più lungo)²³.

La dottrina ha accolto lo *ius novum* in modo piuttosto critico. Anzitutto, ha ravvisato una pericolosa sfasatura tra l'obiettivo perseguito e lo strumento utilizzato. Se il fine è quello di arginare la distruzione di posti di lavoro stabili e ricondurre il lavoro interinale alla sua funzione originaria di soddisfare esigenze temporanee delle imprese, è del tutto inappropriato limitare la durata della missione del singolo lavoratore²⁴. L'agenzia può, infatti, sostituire quel lavoratore con un altro nello stesso posto di lavoro alla fine del periodo massimo consentito e, comunque, dopo tre mesi le è perfino concesso di riutilizzare colà il medesimo lavoratore²⁵. Insomma, il mezzo migliore per garantire la temporaneità della somministrazione sarebbe stato collegare la durata massima al posto di lavoro²⁶ o prevedere un sistema di causali, sulla falsariga di quelle esistenti per i contratti a termine (v. *infra* il par. successivo)²⁷. Il vincolo così introdotto risulterebbe, perciò, non solo incongruo, ma anche

²¹ Mentre i datori di lavoro vincolati dal contratto collettivo possono giovare immediatamente delle deroghe da esso introdotte, i non iscritti sono obbligati a riceverle in una pattuizione aziendale con il *Betriebsrat*. In questo modo, la possibilità di prolungare la durata massima delle missioni è condizionata alla valutazione di adeguatezza dei *partners* sociali del livello più prossimo agli interessi regolati (in questo senso DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 76). Altro corollario non indifferente è che l'impresa estranea sia alla contrattazione collettiva, sia ai meccanismi partecipativi di livello aziendale non potrà fruire di questo importante strumento di flessibilità.

²² Si tratta di un incentivo ad aderire all'associazione datoriale e a entrare nel sistema della contrattazione collettiva, e tuttavia così lieve da non porre problemi di compatibilità con la libertà negativa di associazione sindacale, tutelata dall'art. 9, par. 3, GG. In questo senso DEINERT, *Neuregelung*, cit., pp. 76-77; *contra*, però, nel senso dell'incompatibilità con la garanzia costituzionale, HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., pp. 98-99. In senso dubitativo HAMANN, „*Entwurf*”, cit., p. 139.

²³ Qualora per la stessa categoria siano in vigore più contratti collettivi, l'impresa non iscritta dovrà fare riferimento a quello “rappresentativo” (§ 1, co. 1b, 7° periodo), ovvero a quello che copre il maggior numero di imprese e di lavoratori (in questo senso DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 76).

²⁴ In questo senso HAMANN, „*Entwurf*”, cit., p. 138; DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 77; WANK, *Änderungen*, cit., p. 109.

²⁵ Stigmatizza gli effetti assolutamente negativi delle nuove previsioni per i lavoratori interinali, la cui precarizzazione è ulteriormente accentuata, HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 94.

²⁶ Questo suggerimento è di DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 77.

²⁷ Soluzione perorata da WANK, *Änderungen*, cit., pp. 107-108.

incompatibile con la dir. 2008/104/CE, che richiede agli Stati membri di adottare misure "per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della [...] direttiva" (art. 5, par. 6) e configura il lavoro interinale come rapporto di tipo flessibile (art. 2)²⁸.

Per questo motivo una voce dottrinale ha suggerito di ritenere sussistenti due vincoli²⁹. Uno, di carattere generale e collocato nel § 1, co. 1, 4° periodo, imporrebbe la "temporaneità" dell'esigenza sottesa al ricorso dell'impresa utilizzatrice al lavoro interinale. Il secondo, più specifico, troverebbe sede nel § 1, co. 1b e preciserebbe il primo, ma non lo esaurirebbe, cosicché il giudice potrebbe sempre verificare, pur nel rispetto dei limiti di cui al co. 1b, se sia violato il requisito della temporaneità dell'esigenza di ricorso al lavoro interinale. Per contro, il superamento dei termini esplicitati nel co. 1b non sarebbe mai consentito. Nemmeno la scelta di affidare all'autonomia collettiva il compito di flessibilizzare la durata massima delle missioni ha incontrato consensi unanimi. In particolare, si è sostenuto che la scelta del contratto collettivo di categoria delle imprese utilizzatrici come veicolo derogatorio lederebbe la libertà positiva di associazione sindacale delle agenzie interinali, costituzionalmente garantita (art. 9, par. 3, GG)³⁰. Anche la possibilità del CCNL di delegare alle pattuizioni aziendali il compito di fissare i limiti ha incontrato critiche: a livello decentrato non sarebbe assicurata quella "parità delle armi" tra i *partners* sociali in grado di garantire una soluzione equilibrata³¹.

Per concludere sul contratto di somministrazione di lavoro interinale, si deve affermare, anche dopo le più recenti riforme, che può essere concluso pure a tempo indeterminato. In effetti, essendo quella del contratto di fornitura un'obbligazione di genere (*Gattungsschuld*)³², ben può l'agenzia adem-

²⁸ In questo senso DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 77; ULBER, *Die AÜG-Reform: Neuregelung zur Diskriminierung und zum funktionswidrigen Einsatz von Leiharbeitnehmern*, in *AR*, 2017, pp. 238-239; WANK, *Änderungen*, cit., p. 109.

²⁹ Per questa suggestiva interpretazione v. WANK, *op. ult. cit.*, p. 107.

³⁰ Per questa opinione v. HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., pp. 97-98. *Contra*, però, HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 138; DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 76, secondo i quali è perfettamente naturale, e costituzionalmente legittimo, che siano i contratti di categoria delle imprese utilizzatrici a fissare il limite massimo di durata delle missioni. Solo tali contratti sono in grado di esprimere compiutamente le diverse esigenze di lavoro temporaneo dei rispettivi settori produttivi, mentre quelli delle agenzie sono troppo distanti dalla materia regolata per poter compiere con altrettanta efficacia la stessa operazione.

³¹ HAMANN, *op. ult. cit.*, p. 139.

³² Cfr. WANK, § 12. *Rechtsbeziehungen*, cit., p. 685.

piervi, come già accennato, mediante l'invio di lavoratori diversi in missioni consecutive.

4. Il contratto di lavoro con l'agenzia

L'AÜG non si occupa quasi del contratto di lavoro con l'agenzia di somministrazione³³. Ciò è perfettamente comprensibile nell'impostazione abbracciata dal legislatore tedesco: poiché l'agenzia è un datore di lavoro come gli altri, i contratti da essa stipulati con i propri dipendenti da inviare in missione sono a tempo determinato, indeterminato o parziale secondo le regole generali del diritto del lavoro tedesco. Per quanto riguarda i contratti a termine, si applica dunque il *Teilzeit-und Befristungsgesetz* del 2000 (di seguito: TzBfG): esso consente l'apposizione del termine al contratto di lavoro soltanto in presenza di una ragione oggettiva (*sachlicher Grund*), che può risiedere tanto in circostanze di fatto relative all'impresa (normalmente di carattere temporaneo), quanto in ragioni inerenti la persona del lavoratore (§ 14, co. 1, TzBfG)³⁴. È peraltro possibile stipulare una sola volta un contratto a termine privo di ragioni oggettive, purché la durata massima dello stesso, comprensiva di tre proroghe, non superi i 24 mesi; l'autonomia collettiva può derogare a questi limiti (§ 14, co. 2). Le ragioni oggettive inerenti l'impresa devono essere verificate in capo all'agenzia, e non all'impresa utilizza-

³³ Il § 11, co. 1 si limita a stabilire alcune integrazioni alle informazioni sui contenuti del contratto che ogni datore di lavoro deve trasmettere in forma scritta al lavoratore in forza del *Nachweisgesetz*: devono essere altresì indicate le generalità dell'agenzia e gli estremi dell'auto-rizzazione, nonché il tipo e l'entità delle prestazioni previste durante i periodi in cui il lavoratore non è in missione. Ai sensi del § 11, co. 2, al lavoratore deve essere altresì consegnata una *brochure* pubblicata da BA con l'illustrazione dei caratteri salienti della disciplina del lavoro interinale in Germania. A seguito della riforma del 2017, l'agenzia deve anche informare il lavoratore, prima di ogni missione, del fatto che egli svolgerà la propria attività nell'ambito di una somministrazione di lavoro (§ 11, co. 2, 3° periodo).

³⁴ In via esemplificativa il § 14, co. 1, TzBfG menziona, tra l'altro, necessità di lavoro dell'impresa di carattere temporaneo; sostituzione di lavoratori assenti; assunzione a fini di prova o subito dopo un periodo di formazione, con l'obiettivo di inserire stabilmente il lavoratore in azienda; le caratteristiche della prestazione lavorativa, intrinsecamente di carattere temporaneo; ragioni inerenti la persona del lavoratore, che giustificano l'apposizione del termine. Sulla disciplina dei contratti a termine in Germania si rimanda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a CORTI, *L'esperienza tedesca: la persistente centralità del lavoro a tempo indeterminato*, in NAPOLI, GARILLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2003, p. 189 ss.

trice: così, per es., il bisogno temporaneo di lavoro di quest'ultima non potrà mai giustificare *ex se* la stipulazione di un contratto a termine tra l'agenzia e il lavoratore interinale, perché il rischio economico della mancanza di missioni incombe sul somministratore e non può essere spostato sul lavoratore³⁵. Il principio è ribadito dal § 11, co. 4, AÜG: questa previsione rende inderogabile in favore del lavoratore interinale il § 615, primo periodo, BGB, che sancisce il diritto del lavoratore alla retribuzione in caso di *mora credendi* (*Annahmeverzug*); per gli altri lavoratori la norma è, invece, di carattere dispositivo³⁶. Del tutto coerentemente, eventuali patologie del contratto a termine condurranno alla conversione a tempo indeterminato con l'agenzia, e non all'imputazione del rapporto in capo all'utilizzatore³⁷.

Nell'ottica scelta dal legislatore tedesco non stupisce che la giurisprudenza escluda la legittimità del licenziamento per ragioni economiche³⁸ del lavoratore interinale all'esito della missione, quando esso sia motivato esclusivamente dall'assenza di altre occasioni di lavoro immediatamente disponibili³⁹. Il rischio "congiunturale" è infatti connaturato al *business* delle agenzie interinali e non può essere traslato sul lavoratore: il somministratore dovrà

³⁵ Cfr. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 2. Das Arbeitsverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 2009, pp. 1013-1014; RÉMY, FEUERBORN, *op. cit.*, pp. 56-57.

³⁶ DÄUBLER, *op. ult. cit.*, pp. 1015-1016.

³⁷ Cfr., da ultimo, BAG 28 settembre 2016, in *NZA*, 2017, p. 55, in un caso in cui il termine apposto al contratto con l'agenzia era spirato, ma il lavoratore aveva continuato a prestare la propria opera presso l'utilizzatore.

³⁸ Sui licenziamenti in Germania v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in *RIDL*, 2005, I, p. 365 ss.; R. SANTAGATA, *Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*, in questa rivista, 2012-2013, p. 543 ss. e p. 101 ss.; GRIVET-FETÀ, *I licenziamenti*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconsezioni e confronti*, Angeli, 2014, p. 93 ss.

³⁹ BAG 18 maggio 2006, in *RArbeit*, 2007, p. 176; *Landsarbeitsgericht* (di seguito: LAG) Rheinland-Pfalz 27 febbraio 2012, 6 Sa 517/11; ArbG Iserlohn 14 gennaio 2016, in *AR*, 2016, p. 521; ArbG Mönchengladbach 20 marzo 2018, 1 Ca 2686/17, in *AR*, 2018, p. 262, nt. D. MÜLLER-WENNER, secondo il quale l'assenza di occasioni di lavoro per 3 mesi e un giorno non sarebbe sufficiente a giustificare il licenziamento (nel caso di specie l'agenzia aveva promesso al lavoratore interinale la riassunzione trascorso il detto periodo). In dottrina v. RÉMY, FEUERBORN, *op. cit.*, p. 57; WANK, 140. *Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG). Einleitung*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (Hrg.), *op. cit.*, p. 628. In argomento v. *amplius* FUHLROTT, FABRITIUS, *Besonderheiten der betriebsbedingten Kündigung von Leiharbeitnehmern*, in *NZA*, 2014, p. 122 ss.

dunque continuare a retribuirlo e a cercargli opportunità di impiego. Sol tanto a seguito di una prolungata assenza di lavoro e dell'impossibilità di riqualificare il dipendente, il licenziamento potrà essere giustificato. Nel caso di licenziamento disciplinare vengono in rilievo tanto comportamenti inadempienti nei confronti dell'agenzia, quanto dell'utilizzatore⁴⁰.

5. *Le condizioni di lavoro: in particolare, il principio di parità di trattamento*

Il § 11, co. 5-7, AÜG detta alcune disposizioni specifiche sul rapporto (*Leiharbeitsverhältnis*), radicate nella peculiarità della relazione triangolare che contraddistingue tale tipologia lavorativa. Qualora presso l'utilizzatore sia in corso un conflitto collettivo, il lavoratore ha diritto di rifiutare la missione, e l'agenzia deve renderlo edotto di questo diritto; egli conserva altresì la retribuzione (co. 5, 3° e 4° periodo)⁴¹. La riforma del 2017 ha premesso a queste disposizioni un vero e proprio divieto di utilizzare lavoratori interinali, posto in capo all'impresa utilizzatrice, quando l'unità produttiva sia direttamente coinvolta in un conflitto collettivo e i lavoratori somministrati sarebbero chiamati a svolgere le mansioni degli scioperanti o dei dipendenti che li sostituiscono (co. 5, 1° e 2° periodo)⁴². Se in questo modo sia stato violato il principio di parità delle armi (*Arbeitskampfpärität*), che in Germania informa le regole del conflitto collettivo ed è ritenuto di rilievo costituzionale, rimane questione aperta⁴³.

⁴⁰ WANK, *op. loc. ult. cit.*

⁴¹ DÄUBLER, *op. cit.*, p. 1018.

⁴² La dottrina si è interrogata sulla ragione per la quale il legislatore abbia deciso di conservare, accanto al nuovo divieto per l'impresa utilizzatrice di ricorrere al lavoro interinale in caso di conflitto collettivo, anche il diritto del lavoratore di astenersi dalla missione in una tale circostanza. Non pare si tratti di un'inutile duplicazione (in questo senso, invece, WANK, *Änderungen*, cit., p. 114). Il diritto di astensione riguarda un ventaglio di ipotesi più ampio, perché si riferisce all'esistenza di un conflitto collettivo *tout court* presso l'impresa utilizzatrice, e non solo al caso della sostituzione degli scioperanti o dei lavoratori che li hanno a loro volta rimpiazzati. Cfr. DEINERT, *Neuregelung*, cit., pp. 78-79; SCHARFF, *op. cit.*, p. 1147. Sulla nuova previsione v. diffusamente KLEIN, LEIST, *Kein Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher – Die Neuregelung in § 11 abs. 5 AÜG n. F. im Hinblick auf Auslegung, Schutzlücken, Rechtsfolgen und Durchsetzung*, in *AR*, 2017, p. 100 ss.

⁴³ Nel senso dell'incostituzionalità WANK, *Änderungen*, cit., p. 114, nonché LEMBEKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 11, secondo il quale sarebbe violata anche la libertà d'impresa, costituzionalmente tutelata agli artt. 12 e 14, GG. Propende per l'opinione negativa, invece, DEINERT,

Durante la missione gli obblighi di sicurezza sono integralmente posti in capo all'impresa utilizzatrice, salvi comunque quelli dell'agenzia: l'utilizzatore è in particolare tenuto a informare compiutamente il lavoratore prima dell'inizio dell'attività di tutti i rischi connessi alle mansioni che andrà a svolgere (§ 11, co. 6). Per le invenzioni del lavoratore interinale durante le missioni si considera datore di lavoro, ai sensi della legge sulle invenzioni dei dipendenti, l'impresa utilizzatrice (co. 7). Secondo principi ormai consolidati a livello internazionale (art. 7, conv. OIL n. 181/1997) e in ogni caso sanciti anche dalla dir. 2008/104/CE (art. 6, parr. 2-3), l'agenzia non può richiedere al lavoratore un compenso, né impedire l'assunzione del lavoratore da parte dell'impresa utilizzatrice quando il suo contratto di lavoro sia cessato: eventuali patti contrari sono inefficaci (*unwirksam*) ex § 9, co. 1, nn. 3-5, AÜG. Il somministratore può invece concordare con l'impresa utilizzatrice un adeguato compenso per il caso in cui il lavoratore sia assunto da quest'ultima durante o dopo la missione (§ 9, co. 1, n. 3, AÜG).

Particolarmente estraneo al modello tedesco di lavoro interinale era il principio di parità di trattamento con i lavoratori dell'utilizzatore durante le missioni: nella logica originaria, infatti, il settore economico del lavoro interinale godeva di piena autonomia, con un proprio sistema retributivo, che garantiva una paga tendenzialmente uniforme nei periodi di impiego e in quelli di disponibilità. Già con *Hartz I*, peraltro, il legislatore mutava paradigma, rimuovendo i lacci e laccioli che astringevano le missioni e affidando il nucleo delle tutele al principio di parità di trattamento: poiché, tuttavia, consentiva nel contempo all'autonomia collettiva di derogarvi, non si è assistito ad alcun mutamento radicale (v. *infra* il par. 7). Ad ogni buon conto, al momento della trasposizione della direttiva il sistema tedesco risultava già sostanzialmente conforme alle relative previsioni in materia. Con la riforma del 2017 il legislatore ha razionalizzato la normativa sulla parità di trattamento, prima sparsa in disposizioni eterogenee e in parte anche inutilmente ripetitive (§§ 3, co. 1, n. 3, 9, co. 2 e 10, co. 4, AÜG), compattandole nel § 8, ora specificamente rubricato "principio della parità di trattamento" (*Grundsatz der Gleichstellung*)⁴⁴. Nel contempo, con il solito obiettivo di riportare

Neuregelung, cit., p. 78. Solleva la questione, senza però esprimersi in un senso o nell'altro, HARMANN, „Entwurf", cit., p. 141.

⁴⁴ Con il che la trasparenza della regolazione legislativa è notevolmente migliorata: così BAYERLEUTHER, *Vergütungsstrukturen und Equal-pay in der Arbeitnehmerüberlassung nach der AÜG-Reform*, in *NZA*, 2017, pp. 18-19; HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 92; WANK, *Änderungen*, cit., p. 110.

il lavoro interinale alla sua funzione originaria e di arginare la distruzione di posti di lavoro stabili⁴⁵, ha introdotto limiti temporali alla facoltà della contrattazione collettiva di derogare al principio di parità di trattamento.

Il nuovo § 8, co. 1, 1° periodo, AÜG, obbliga l'agenzia "a garantire al lavoratore somministrato durante la missione le condizioni essenziali di lavoro, compresa la retribuzione, di cui gode un lavoratore comparabile nell'unità produttiva dell'utilizzatore". Le condizioni essenziali di lavoro non sono specificate nell'AÜG⁴⁶, ma non vi è dubbio che qui si imponga un'interpretazione conforme alla direttiva⁴⁷. Il metro di comparazione offerto dalla direttiva (le condizioni di base di lavoro e d'occupazione offerte ai lavoratori interinali "sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro" – art. 5, par. 1) pare nel complesso equivalente al "lavoratore comparabile" (*vergleichbarer Arbeitnehmer*) di cui all'AÜG, ma ha il pregio di offrire una soluzione quando un tale concreto lavoratore non sia presente nell'unità produttiva⁴⁸. Ad ogni modo, per semplificare il compito alle agenzie la riforma del 2017 ha introdotto una presunzione *iuris tantum*⁴⁹ di rispetto del

⁴⁵ DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 74.

⁴⁶ HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 92, e WANK, *Änderungen*, cit., p. 111, lamentano che il legislatore non abbia approfittato nemmeno dell'ampia riforma del 2017 per colmare questa imbarazzante lacuna.

⁴⁷ Secondo l'art. 3, par. 1, lett. f), dir. le "condizioni di base di lavoro e d'occupazione" sono quelle "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". L'art. 5, par. 1, richiama anche le regole in vigore nell'impresa utilizzatrice riguardanti "la protezione delle donne in stato di gravidanza e in periodo di allattamento e la protezione dei bambini e dei giovani" e quelle derivanti dalla trasposizione delle direttive europee in materia di discriminazioni. Cfr. HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 92; WANK, § 3. *Versagung*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (Hrg.), *op. cit.*, pp. 655-656; ID., *Änderungen*, cit., p. 111. V. anche BAG 13 marzo 2013, in *NZA*, 2013, p. 1226 e LAG Schleswig-Holstein 21 maggio 2013, 2Sa 398/12, che riconducono alle condizioni essenziali di lavoro anche la gratifica natalizia; BAG 13 marzo 2013, cit., che correttamente non tiene conto dei rimborsi spese; BAG 23 ottobre 2013, in *NZA*, 2014, p. 200, che vi include espressamente le ferie (e in particolare la retribuzione feriale); BAG 21 ottobre 2015, in *AR*, 2016, p. 213, che richiama *ex professo* l'art. 3, par. 1, lett. f) della direttiva.

⁴⁸ Cfr. FEUERBORN, *op. cit.*, 100; WANK, § 3. *Versagung*, cit., p. 656. In giurisprudenza v. BAG 13 marzo 2013, cit.

⁴⁹ La presunzione è chiaramente relativa: il lavoratore potrà contrastarla producendo in giudizio le informazioni sulle condizioni essenziali di lavoro del dipendente comparabile, che l'utilizzatore è tenuto a fornirgli *ex* § 13, AÜG. Cfr. DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 74.

principio di parità di trattamento sotto il profilo retributivo⁵⁰. Quando il lavoratore interinale riceve una retribuzione corrispondente a quella dovuta secondo il contratto collettivo al lavoratore comparabile dell'impresa utilizzatrice, si presume che l'agenzia abbia rispettato il principio di parità (§ 8, co. 1, 2° periodo). Se nell'impresa utilizzatrice manca il lavoratore comparabile, si fa riferimento al livello retributivo corrispondente del contratto collettivo di categoria.

La contrattazione collettiva può contenere disposizioni derogatorie al principio di parità di trattamento, purché non sia prevista una retribuzione inferiore al salario minimo stabilito dal regolamento *ex* § 3a, co. 2, AÜG (v. *infra* il par. 6) (§ 8, co. 2, 1°-2° periodo, AÜG). Nell'ambito di applicazione di tali contratti collettivi anche i datori e i lavoratori non iscritti alle associazioni firmatarie possono concordare mediante apposite clausole di rinvio, inserite nei contratti individuali, l'applicazione delle regole derogatorie (§ 8, co. 2, 3° periodo)⁵¹. Queste ultime, peraltro, non producono effetto nei confronti dei lavoratori che siano stati dipendenti dell'impresa utilizzatrice o di altra impresa appartenente al medesimo gruppo nei sei mesi precedenti la somministrazione (§ 8, co. 3)⁵². La previsione, dal sapore chiaramente antiabusivo, si è resa necessaria per arginare il fenomeno dei licenziamenti e delle dimissioni di massa, seguite dalla riassunzione di tutti i lavoratori ad opera di agenzie di lavoro interinale, che li somministravano al precedente datore a costi molto inferiori, valendosi dei contratti collettivi derogatori (caso *Schlecker*)⁵³.

Dal primo aprile 2017 la deroga al principio di parità di trattamento retributivo è consentita per un massimo di 9 mesi dall'inizio della missione (§ 8,

⁵⁰ Secondo HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 93, la nuova presunzione faciliterebbe i compiti soprattutto agli organismi ispettivi, in quanto l'onere della prova della violazione della parità di trattamento è posto in capo al lavoratore interinale.

⁵¹ In dottrina si dubita che questa facoltà sia conforme alla previsione della direttiva: sulla questione cfr. WANK, *Die Neufassung*, cit., pp. 30-31. Pare tuttavia a chi scrive che la direttiva affidi queste sottigliezze di diritto sindacale integralmente alla cura degli Stati membri. Si esprime criticamente sulla disposizione *de qua*, lamentando che sia rimasta anche dopo la novella del 2017, DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 75, secondo il quale essa indebolisce l'autonomia collettiva, invece di rafforzarla.

⁵² Ovviamente, se il lavoratore sia stato inviato in missione prima che siano decorsi i 6 mesi, l'obbligo di parità di trattamento persisterà per l'intera durata della missione, anche oltre i 6 mesi: in questo senso HUKU, NEUFELD, LUICKHARDT, *op. cit.*, p. 963.

⁵³ DÜWELL, *Überlassung zur Arbeitsleistung – Neues aus Rechtsprechung und Gesetzgebung*, in *DB*, 2011, p. 1520; HUKU, NEUFELD, LUICKHARDT, *op. cit.*, p. 962; WANK, *Die Neufassung*, cit., p. 38; WEISS, *Regulating*, cit., p. 121; DEINERT, *Kernbelegschaften*, cit., p. 69.

co. 4, 1° periodo). Nessun limite è, invece, posto con riferimento alle altre condizioni di lavoro, che possono continuare a essere determinate *in pejus* anche a tempo indeterminato⁵⁴. Un periodo derogatorio maggiore, fino a 15 mesi, può essere previsto dai contratti collettivi soltanto al ricorrere di due condizioni cumulative: dopo tale periodo di missione il lavoratore interinale raggiunge un livello salariale, stabilito dal contratto collettivo come equivalente a quello spettante da CCNL al lavoratore comparabile della categoria cui appartiene l'impresa utilizzatrice; dopo una fase di adattamento pari a non più di 6 settimane dall'inizio della somministrazione, è previsto un graduale avvicinamento al livello retributivo appena menzionato (§ 8, co. 4, 2° periodo, nn. 1-2). Una missione presso lo stesso utilizzatore, anche con un'altra agenzia, viene conteggiata ai fini del raggiungimento dei termini ora visti quando l'intervallo tra le due somministrazioni non superi i 3 mesi (§ 8, co. 4, 4° periodo)⁵⁵. Ai datori e ai lavoratori non iscritti è consentito di giovare anche delle previsioni di questi contratti collettivi, mediante l'inserzione in quelli individuali delle consuete clausole di rinvio (§ 8, co. 4, 3° periodo).

Con le novità appena esaminate il legislatore della più recente riforma non abbandona il modello tedesco di lavoro interinale, benché il commiato da *Hartz* sia evidente. Il ruolo della contrattazione collettiva delle agenzie di somministrazione nel fissare autonomamente le condizioni dei lavoratori interinali viene conservato⁵⁶, ma con un inquadramento più preciso e limiti invalicabili. Questi ultimi non vanno peraltro sopravvalutati: il 50% circa delle missioni in Germania non supera i 3 mesi⁵⁷, cosicché i tetti massimi stabiliti per il raggiungimento della parità retributiva gioveranno verosimilmente a una minoranza di lavoratori. La deroga più consistente, quella che permette di ritardare tale parità fino a 15 mesi, è stata ritagliata a misura delle prassi più recenti dei CCNL della somministrazione, che già prevedono un avvicinamento progressivo ai salari in vigore nelle categorie delle imprese utilizzatrici per ben 12 settori produttivi (v. *amplius infra* par. 7)⁵⁸. Il § 8, co. 4,

⁵⁴ Cfr. HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 93; SCHARFF, *op. cit.*, p. 1145.

⁵⁵ La previsione non pare sufficiente a contrastare strategie elusive delle agenzie e delle imprese utilizzatrici: in questo senso DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 75.

⁵⁶ Sottolinea l'importante ruolo che continueranno a svolgere i contratti collettivi delle imprese di somministrazione, anche dopo la riforma del 2017, HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 93.

⁵⁷ Il dato, riferito al primo semestre del 2016, è riportato da HENSSLER, *op. ult. cit.*, p. 92.

⁵⁸ HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 139; GREINER, *Kernfragen des novellierten Gleichstellungsgrundsatzes im Recht der Arbeitnehmerüberlassung* (§ 8 AÜG), in *RArbeit*, 2017, p. 160; HENSSLER, *op.*

1° periodo è, infine, volutamente ambiguo sulla retribuzione di destinazione all'esito dei 15 mesi, lasciando intendere che i *partners* sociali potrebbero anche evitare una meccanica equiparazione a quanto percepito dal lavoratore comparabile dell'impresa utilizzatrice⁵⁹.

Le facoltà di deroga al principio di parità di trattamento *ex* § 8, AÜG, trovano un chiaro riscontro nell'art. 5, par. 3, dir., ma la dottrina ha rilevato come il legislatore tedesco abbia "dimenticato" di garantire ai lavoratori interinali, privati della parità di trattamento, una "protezione globale", come prescritto dalla disposizione europea⁶⁰. La fissazione di un salario minimo legale, pur contribuendo alla tutela dei lavoratori, non è da sola sufficiente a garantire la protezione globale richiesta dalla direttiva: l'attuale formulazione dell'AÜG sul punto non pare dunque conforme alla direttiva⁶¹.

6. Il salario minimo per i lavoratori interinali

Il meccanismo stabilito dal § 3a, AÜG per determinare un salario minimo legale, applicabile a tutti i lavoratori interinali (*Lohnuntergrenze*), introdotto con la novella del 2011, si spiega esclusivamente con esigenze interne

ult. cit., p. 94; LEMBEKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 7. Cfr. anche BAYREUTHER, *Vergütungsstrukturen*, cit., p. 20, e WANK, *Änderungen*, cit., p. 110, che peraltro segnalano come vi sia necessità di parziale adattamento della disciplina collettiva allo *ius novum*. Va aggiunto che i contratti collettivi di adeguamento sono stati conclusi con estrema solerzia: a metà del 2018 ne risultano sottoscritti già 10, che coprono i principali settori dell'economia tedesca, a partire da quelli metalmeccanico, chimico, elettrico ed elettronico. Cfr. SCHARFF, *op. cit.*, p. 1140.

⁵⁹ Nel senso che le parti sociali godano in merito di un grado non indifferente di discrezionalità BAYREUTHER, *Vergütungsstrukturen*, cit., p. 20; HENSSLER, *op. loc. ult. cit.*; LEMBEKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 7, che peraltro sottolinea come tale discrezionalità debba essere ben delimitata e sia comunque passibile di verifica giudiziale; SCHARFF, *op. cit.*, p. 1145. GREINER, *op. loc. ult. cit.*, esclude, invece, la possibilità di controllo da parte degli organi ispettivi o anche del giudice, in nome del primato dell'autonomia collettiva. In effetti, nei CCNL della somministrazione vigenti prima della più recente novella legislativa l'avvicinamento al livello retributivo della categoria delle imprese utilizzatrici non superava il 90%: cfr. HAMANN, *op. loc. ult. cit.* La più recente contrattazione di adeguamento prevede invece che, a partire dal sedicesimo mese di missione presso lo stesso utilizzatore, il lavoratore interinale consegua la parità retributiva con il dipendente comparabile. Cfr. SCHARFF, *op. cit.*, p. 1146.

⁶⁰ ZIMMER, *Der Grundsatz der Gleichbehandlung in der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG und seine Umsetzung ins Deutsches Recht*, in NZA, 2013, pp. 291-292; DEINERT, *Kernbelegschaften*, cit., p. 70; WANK, § 3. *Versagung*, cit., p. 659.

⁶¹ ULBER, *Die AÜG-Reform*, cit., p. 240; WANK, *Die Neufassung*, cit., pp. 29-30.

al mercato del lavoro tedesco: l'assenza, fino al luglio 2014, di una legislazione sui minimi retributivi di generale applicazione, e la conseguente necessità di tutelare un segmento particolarmente debole di lavoratori; l'esigenza di proteggere il mercato del lavoro tedesco alla vigilia dell'attuazione completa del regime europeo di libera circolazione dei servizi e dei lavoratori subordinati per i Paesi dell'Europa centrale e orientale, che avevano fatto il loro ingresso nella UE nel 2004. A partire, infatti, dal 1° maggio 2011 le agenzie interinali di tali Paesi avrebbero potuto teoricamente remunerare i propri lavoratori inviati in somministrazione in Germania secondo i propri salari, stipulando appositi contratti collettivi derogatori⁶². Benché la previsione di una retribuzione minima per i lavoratori interinali non sia richiesta dalla direttiva, non si può certo ritenere che quest'ultima vi osti: anzi, la fissazione di un salario minimo si può annoverare tra gli strumenti anti-abusivi preconizzati dall'art. 5, par. 5, dir.

Il § 3a, co. 1, AÜG prevede che la proposta per l'emanazione di un decreto sulla retribuzione minima provenga dalle associazioni di datori di lavoro e dai sindacati, che hanno stipulato a livello federale un contratto collettivo che sancisce tali minimi retributivi; questi ultimi possono anche essere differenziati regionalmente, ma devono essere identici per i periodi di missione e per quelli di disponibilità; il contratto collettivo deve altresì prevedere una scadenza. Il Ministero del lavoro estende *erga omnes* per decreto (*Rechtsverordnung*) i suddetti minimi retributivi, senza possibilità di apportarvi modifiche (§ 3a, co. 2). Nel ponderare la propria decisione il Ministero del lavoro tiene conto dell'interesse pubblico, degli obiettivi della legge, della stabilità finanziaria del sistema di sicurezza sociale, dei contratti collettivi esistenti a livello federale per i lavoratori interinali e della rappresentatività delle parti firmatarie che propongono il contratto collettivo contenente i minimi retributivi per l'estensione *erga omnes*; tale rappresentatività è poi fondamentale quando il Ministero debba scegliere tra più contratti collettivi sottoposti alla sua attenzione per ottenere il recepimento dei minimi in decreto (§ 3a, co. 3-4). L'agenzia di somministrazione è tenuta a corrispondere in ogni caso al lavoratore interinale almeno il salario minimo previsto dal decreto, sia nei periodi di missione, sia in quelli di disponibilità (§ 8, co. 5). Qualora essa applichi un contratto collettivo che stabilisce un salario inferiore, per i periodi di mis-

⁶² HUKÉ, NEUFELD, LUICKHARDT, *op. cit.*, p. 961; ULBER, *Wirkungsweise und Rechtsfolgen der Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG*, in *AR*, 2012, p. 427.

sione dovrà applicare il principio di parità di trattamento retributivo con il lavoratore comparabile in forza all'impresa utilizzatrice (§ 8, co. 2, 4° periodo)⁶³.

Ad oggi sono già stati emanati tre decreti sul salario minimo dei lavoratori interinali: quello attualmente in vigore, che scadrà il 31 dicembre 2019, prevede € 9,49 all'ora (9,79 dal 1° aprile 2019 al 30 settembre 2019; 9,96 dal 1° ottobre 2019 al 31 dicembre 2019) per i *Länder* dell'ex Germania Ovest; € 9,27 all'ora (9,49 dal 1° gennaio 2019 al 30 settembre 2019; 9,66 dal 1° ottobre 2019 al 31 dicembre 2019) per i *Länder* dell'ex Germania dell'Est⁶⁴. La recente legge tedesca sul salario minimo consentiva per un periodo transitorio, e precisamente fino al 31 dicembre 2016, che per il settore valesse anche una retribuzione minima inferiore a quella di generale applicazione. Tuttavia, a partire dal 1° gennaio 2017 i decreti contenenti i minimi retributivi dei lavoratori interinali non possono più fissare soglie inferiori al salario minimo intercategoriale, attualmente fissato a € 8,84⁶⁵.

7. Il ruolo dell'autonomia collettiva: dalla liberalizzazione al controllo

Il ruolo dell'autonomia collettiva nella regolazione del lavoro interinale si è accresciuto esponenzialmente a partire dalla riforma *Hartz I*, quando il legislatore ha generalizzato l'obbligo di parità di trattamento, consentendo però ai contratti collettivi del settore di derogarvi. In brevissimo tempo il tasso di copertura di questi ultimi ha raggiunto quasi il 100%, favorito dalla possibilità di aderire alla regolazione derogatoria mediante clausola del contratto individuale di lavoro, ma si è innescata una spirale perversa di *dumping* sociale: il sindacato cristiano dei lavoratori interinali (*Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA* – di seguito: CGZP) si è dimostrato molto attivo nella stipulazione, anche a livello aziendale, di contratti collettivi di particolare sfavore, costringendo le sigle sindacali aderenti al *Deutscher Ge-*

⁶³ HUK, NEUFELD, LUICKHARDT, *op. loc. ult. cit.*; ULBER, *op. ult. cit.*, p. 428.

⁶⁴ V. il § 2, *Dritte Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung* del Ministero del lavoro della Repubblica federale tedesca, 26 maggio 2017.

⁶⁵ Il *Mindestlohngesetz* è stato definitivamente approvato dal *Bundesrat* l'11 luglio 2014, ed è entrato in vigore il 1° gennaio 2015. Per un'ampia disamina della legge e ulteriori riferimenti bibliografici v. CORTI, *La nuova legge sul salario minimo in Germania: declino o rinascita della contrattazione collettiva?*, in questa rivista, 2014, p. 637 ss.

werkschaftsbund (la principale confederazione tedesca dei lavoratori, di seguito: DGB) a una serrata competizione nella quale le condizioni di lavoro si collocavano inesorabilmente poco al di sopra di quelle della sigla concorrente⁶⁶.

Questa degradazione della contrattazione collettiva da strumento di tutela a viatico di liberalizzazione selvaggia e concorrenza al ribasso è stata infine arrestata da una storica sentenza del BAG del 14 dicembre 2010⁶⁷, che ha escluso la capacità di stipulare contratti collettivi al CGZP (la cd. *Tariffähigkeit*), privando così i contratti da esso firmati di effetti normativi e, conseguentemente, anche di efficacia derogatoria⁶⁸. Le agenzie che li avevano applicati ai lavoratori interinali si sono trovate a dover rispettare il principio della parità di trattamento, con pesanti conseguenze in termini di differenze retributive, contributive e fiscali⁶⁹ e per di più anche con riferimento a periodi precedenti il 2010⁷⁰, poiché la *Tariffähigkeit* è stata negata fin dalla costituzione del sindacato⁷¹. Compiti di tutela più incisivi sono stati assunti

⁶⁶ Cfr. DÄUBLER, *op. cit.*, pp. 1021-1022. Nel 2008 praticamente tutti i contratti individuali dei lavoratori interinali contenevano una clausola di rinvio a contratti collettivi derogatori: circa l'80-85% faceva riferimento ai contratti stipulati dai sindacati aderenti al DGB, la quota restante a quelli siglati dal CGZP. Quest'ultimo non di rado stipulava contratti aziendali con paghe orarie nell'ordine dei 4-5 euro; a livello di categoria i minimi retributivi erano più generosi, attestandosi sui 7 euro all'Ovest e sui 5,77 all'Est. Come già detto, i salari minimi dei contratti collettivi firmati dai sindacati aderenti al DGB erano di poco superiori, raggiungendo i 7,15 euro all'Ovest e i 6,26 all'Est.

⁶⁷ Vedila in NZA, 2011, p. 289. Per un commento v. KLEBE, *Die Leiharbeitsentscheidung des BAG – Kritik mit der Kneifzange?*, in AR, 2011, pp. 352-353.

⁶⁸ La *Tariffähigkeit* è un concetto piuttosto vago di elaborazione giurisprudenziale, che registra la capacità del sindacato di essere controparte effettiva della negoziazione di un contratto collettivo. Gli indici principali utilizzati sono piuttosto noti anche al lettore italiano, poiché ricordano quelli su cui si sono affaticati i giudici del nostro Paese per determinare la rappresentatività maggiore o comparata di un sindacato: indipendenza, numero di iscritti, strutture e personale, capacità di mobilitare il conflitto, numero e importanza dei contratti collettivi stipulati, e così via (cfr. FRANZEN, § 2. *Tarifvertragsparteien*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (Hrg.), *op. cit.*, p. 2686 ss.). Peraltro, nella sentenza del 2010 la carenza di *Tariffähigkeit* è stata dichiarata per ragioni puramente formali, legate alla struttura confederale del CGZP (in buona sostanza, l'ambito organizzativo dei sindacati federati e della confederazione non coincidevano, cosicché i contratti collettivi stipulati da quest'ultima finivano per applicarsi in settori per i quali le federazioni non potevano avergli trasmesso alcuna *Tariffähigkeit*): la questione dell'effettiva rappresentatività del CGZP non è stata affrontata *ex professo* (cfr. DEINERT, *Kernbelegschaften*, cit., p. 71).

⁶⁹ Per una sintetica illustrazione v. STEINHEIMER, HAEDER, *Erdbeben in der Zeitarbeitsbranche*, in NZA, 2012, pp. 903-904; DEINERT, *Kernbelegschaften*, cit., pp. 71-72.

⁷⁰ KLEBE, *op. cit.*, p. 353; WEISS, *Regulating*, cit., p. 119.

⁷¹ Come ha meglio precisato BAG 23 maggio 2012, in NZA, 2012, p. 623. La Corte co-

dalla contrattazione collettiva delle altre categorie, sotto forma di limitazione nell'utilizzo del lavoro interinale, condizionato al rispetto di quote, a una determinata durata delle missioni o a specifiche causali per ricorrervi⁷².

Più di recente è stato elaborato anche un sofisticato meccanismo per condurre gradualmente i lavoratori interinali alla parità di trattamento retributivo con i dipendenti dell'utilizzatore, mediante un sistema di supplementi che prendono a parametro il contratto collettivo applicato dall'utilizzatore e tengono conto della durata della missione (*Branchenzuschlagssystem*): in questo modo, i lavoratori somministrati per lungo tempo presso il medesimo utilizzatore raggiungono un livello salariale comparabile a quello dei colleghi dell'impresa utilizzatrice. La strada è stata spianata da un accordo quadro tra il DGB e il *Bundesverband Zeitarbeit* (un'importante associazione rappresentativa delle agenzie) (luglio 2010), concretizzato, in particolare, da contratti collettivi attuativi nel settore chimico e metalmeccanico (2012 e 2014). Il contesto regolativo è completato dall'obbligo che i contratti collettivi di categoria impongono alle imprese utilizzatrici di ricorrere soltanto ad agenzie che applicano il *Branchenzuschlagssystem*⁷³. Come già accennato *retro* al par. 5, questi accordi sono stati presi a riferimento dalla

stituzionale tedesca ha ritenuto questa giurisprudenza conforme al *Grundgesetz*: v. BVerfG 25 aprile 2015 – 1 BvR 2314/12, in *NZA*, 2015, p. 757.

⁷² DÄUBLER, *op. cit.*, p. 1034; WEISS, *Regulating*, cit., p. 122. Per uno degli esempi più evoluti di questa contrattazione v. il contratto dei metalmeccanici del 2012, commentato da KRAUSE, *Neue tarifvertragliche Regeln für die Leiharbeit in der Metallindustrie*, in *NZA*, 2012, p. 830 ss.: il ricorso al lavoro interinale è possibile in presenza di causali giustificative di carattere temporaneo, o a fronte di un limite temporale alla somministrazione; dopo 24 mesi di missione, il lavoratore interinale deve essere assunto dall'impresa utilizzatrice; il comitato aziendale acquisisce un diritto di negoziazione sulle regole di utilizzo del lavoro somministrato nell'azienda, nonché penetranti diritti di informazione; le imprese sono obbligate a ricorrere ad agenzie che applicano il *Branchenzuschlagssystem* (v. *infra* nel testo). V. anche il contratto collettivo dell'industria del ferro e dell'acciaio del Nordovest del 30 settembre 2010, commentato da KARTHAUS, „*Der Kampf um die Leiharbeitslöhne hat gerade erst begonnen*“, in *AR*, 2010, p. 494 ss.

⁷³ R. KRAUSE, *op. ult. cit.*, pp. 835-836. Sui diversi aspetti del *Branchenzuschlagssystem* v. anche LEHMANN, CRIMMANN, BOUNCKEN, *Branchenzuschläge in der Metall- und Elektroindustrie: Zwischen Einkommenszuwächsen und (Schein-)Werkverträgen*, e A. SPERMANN, *Branchenzuschläge in der Zeitarbeit – ein Weg aus dem Niedriglohnsektor?*, entrambi in BOUNCKEN, BORNEWASSER, BELLMANN (Hrg.), *Neue Herausforderungen in der Zeitarbeit*, Rainer Hampp Verlag, 2013, rispettivamente p. 137 ss. e p. 105 ss.; BISSELS, MEHNERT, *Tarifverträge über Branchenzuschläge in der Zeitarbeit – ein Rechtsprechungsüberblick*, in *DB*, 2014, p. 2407 ss.; BAYREUTHER, *Branchenzuschlags-Tarifverträge und Geltung kollektivrechtlicher Arbeitsbedingungen des Entleihers im Leiharbeitsverhältnis*, in *BB*, 2014, p. 1973 ss.

riforma del 2017 e individuati come veicolo di flessibilità dell'obbligo di parità di trattamento retributivo oltre il tetto dei 9 mesi e fino ai 15 massimi consentiti (§ 8, co. 4, 1° periodo, AÜG).

Benché la contrattazione collettiva si sia mossa con decisione per ricondurre il lavoro interinale a strumento per far fronte a esigenze temporanee delle imprese, ostacolando in ogni modo il ricorso ad esso quando possa comportare la distruzione di posti di lavoro stabili presso l'utilizzatore, il suo ruolo non va sopravvalutato. In Germania la copertura dei contratti collettivi è in calo da molti anni, anche perché il sistema tedesco aderisce più rigorosamente di quello italiano al principio per cui il contratto collettivo vincola soltanto gli iscritti ai soggetti stipulanti, e per di più agevola le pratiche elusive (ammettendo, per es., la possibilità per un'impresa di aderire all'associazione datoriale senza applicare il contratto collettivo da essa sottoscritto)⁷⁴. Ciò spiega anche perché, con la riforma del 2011, e con maggiore decisione con quella del 2017, il compito di ricondurre il lavoro interinale alla funzione ritenuta fisiologica sia stato assunto con decisione dal legislatore della *Große Koalition*⁷⁵. È poi interessante notare che nella dottrina tedesca non si è aperto un vero e proprio dibattito sulla compatibilità di questo tipo di contrattazione collettiva con l'art. 4, dir., che prescrive il riesame dei divieti e delle restrizioni all'utilizzo del lavoro interinale: in generale si ritiene abbastanza tranquillamente che essa sia giustificata dalle "ragioni di interesse generale" di cui all'art. 4, par. 1⁷⁶.

8. Il ruolo dei comitati aziendali

Il secondo pilastro dell'autonomia collettiva in Germania, il *Betriebsrat* è pure coinvolto nella disciplina del lavoro interinale, seppure a livello micro.

⁷⁴ V., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, 2012, pp. 162-164; ID., *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, 2018, pp. 212-214.

⁷⁵ Non sempre, tra l'altro, assecondato dall'autonomia collettiva. Basti pensare che il più recente CCNL per il settore metalmeccanico, elettrico ed elettronico consente l'impiego di lavoratori interinali in missione fino a un massimo di 48 mesi, là dove, in assenza della deroga operata dal CCNL, il limite massimo sarebbe di 18 mesi (v. *retro* il par. 3). Cfr. SCHARFF, *op. cit.*, p. 1140.

⁷⁶ V., per es., KRAUSE, *op. cit.*, p. 832.

Anzitutto, va premesso che l'AÜG si premura di precisare le regole riguardo al concorso dei lavoratori somministrati alla nomina dei rappresentanti dei lavoratori. Il § 14, co. 1 afferma il principio che essi continuano a far parte dell'unità produttiva dell'agenzia anche durante le missioni, e il co. 2, 1° periodo, per conseguenza, conferma che essi non godono dell'elettorato passivo né per l'elezione del comitato aziendale dell'utilizzatore, né per quella dei rappresentanti dei lavoratori in seno al consiglio di sorveglianza, quando l'impresa utilizzatrice sia soggetta a un regime cogestionale⁷⁷. I lavoratori interinali concorrono dunque pienamente alla scelta dei propri rappresentanti presso il datore di lavoro effettivo, ovvero l'agenzia.

Non mancano però significative eccezioni: il § 7, 2° periodo, *Betriebsverfassungsgesetz* (legge sull'ordinamento aziendale – di seguito: BetrVG) attribuisce ai lavoratori interinali l'elettorato attivo per il comitato aziendale dell'impresa utilizzatrice, quando la somministrazione duri più di 3 mesi; il § 14, co. 2, 2° periodo, AÜG consente ai lavoratori somministrati di partecipare alle ore di ricevimento fissate dal comitato aziendale dell'utilizzatore, nonché alle assemblee dei lavoratori di quest'ultimo. La novella del 2017, legificando un orientamento innovativo del Tribunale federale del lavoro⁷⁸, ha disposto il computo dei lavoratori interinali al fine del superamento delle soglie numeriche rilevanti per la costituzione delle rappresentanze presso le imprese utilizzatrici e per l'attribuzione ad esse di speciali diritti o prerogative. Ciò vale, in particolare, per tutti i limiti numerici previsti dal BetrVG (§ 14, co. 2, 4° periodo, AÜG), a prescindere dall'anzianità di missione del lavoratore somministrato, mentre, per quanto riguarda le soglie contemplate dalle leggi sulla cogestione societaria, i lavoratori interinali sono presi in considerazione a partire dal sesto mese di somministrazione (§ 14, co. 2, 5°-6° periodo, AÜG)⁷⁹.

Sul ricorso al lavoro interinale il comitato aziendale dell'impresa utilizzatrice gode di un diritto di veto, come si desume dalla lettura combinata del § 14, co. 3, AÜG, e del § 99, BetrVG; contro di esso il datore può ricorrere

⁷⁷ Sulla cogestione in Germania si rinvia a CORTI, *La partecipazione*, cit., p. 127 ss.

⁷⁸ Cfr. BAG 18 ottobre 2011, in *NZA*, 2012, p. 221; BAG 13 marzo 2013, in *NZA*, 2013, p. 789; BAG 2 agosto 2017, 7 ABR 51/15. Per l'orientamento più conservatore e risalente v. CORTI, *La partecipazione*, cit., p. 131.

⁷⁹ In questo modo, tra le alternative offerte dall'art. 7, dir. per il computo dei lavoratori interinali al fine del superamento delle soglie per la costituzione di rappresentanze dei lavoratori (computo presso la sola agenzia, presso il solo utilizzatore o presso entrambi), l'ordinamento tedesco opta per la più inclusiva.

al tribunale del lavoro. Il veto, però, può essere opposto soltanto per un elenco tassativo di ragioni, esplicitato dal § 99, co. 2: in particolare, il comitato può rifiutare l'utilizzo di lavoratori somministrati quando esso si ponga in contrasto con norme di legge, contratto collettivo o pattuizione aziendale (§ 99, co. 2, n. 1). L'ampia formulazione non deve trarre in inganno, poiché la giurisprudenza tende a offrirne un'interpretazione restrittiva: così una semplice violazione di legge o contratto collettivo, come il mancato rispetto del principio della parità di trattamento, non giustificerebbe il veto del comitato aziendale⁸⁰, dovendosi trattare di una disposizione che vieta espressamente o quanto meno implicitamente il ricorso alla somministrazione⁸¹. Tra queste dovrebbero rientrare a pieno titolo quelle in materia di: causali e quote massime di utilizzo eventualmente stabilite dai contratti collettivi o dalle pattuizioni aziendali⁸²; esistenza di una valida autorizzazione in capo all'impresa utilizzatrice⁸³; durata massima delle missioni⁸⁴. Del resto, talune decisioni più recenti, anche del BAG, avevano già cominciato a stabilire che pure la somministrazione a carattere non "temporaneo" (*vorübergehend*) (v. *retro* il par. 3) giustificerebbe il veto del comitato⁸⁵.

Il veto del comitato aziendale *ex* § 14, co. 3, AÜG e § 99, BetrVG riguarda soltanto il lavoro interinale, e non si estende, in particolare, al personale coinvolto in *Werkverträge*, come la giurisprudenza del BAG ha avuto modo di chiarire⁸⁶. Nel corso dell'elaborazione della riforma del 2017 si era

⁸⁰ In questo senso BAG 21 luglio 2009, in *NZA*, 2009, p. 1156, che ha respinto il veto opposto dal consiglio d'azienda alla somministrazione di un lavoratore il cui contratto di lavoro con l'impresa utilizzatrice violava, per l'appunto, il principio di parità di trattamento.

⁸¹ DÄUBLER, *op. cit.*, p. 1032.

⁸² DÄUBLER, *op. loc. ult. cit.*; DÜWELL, *Überlassung*, cit., p. 1522.

⁸³ DÄUBLER, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁴ DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 76; M. LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 6.

⁸⁵ LAG Niedersachsen 19 settembre 2012, 17 TaBV 124/11; LAG Berlin-Brandenburg 19 dicembre 2012, 4 TaBV 1163/12; BAG 10 luglio 2013, in *NZA*, 2013, p. 1296; BAG 10 dicembre 2013, in *NZA*, 2014, p. 196; LAG Schleswig-Holstein 8 gennaio 2014, 3 TaBV 43/13; ArbG Cottbus 6 febbraio 2014, in *AR*, 2014, p. 243, che afferma il principio nell'ambito di una somministrazione infragruppo (il lavoratore era stato assunto con l'obiettivo di una duratura somministrazione in altre imprese del gruppo); BAG 30 settembre 2014, in *NZA*, 2015, p. 240. *Contra*, però, ArbG Leipzig 22 agosto 2012, cit. In dottrina si erano pronunciati in favore del potere di veto del comitato aziendale DÜWELL, *Überlassung*, cit., p. 1522; BARTL, ROMANOWSKI, *op. cit.*, p. 846; ZIMMER, „*Vorübergehender*“, cit., p. 425; WEISS, *Regulating*, cit., p. 120; FEUERBORN, *op. cit.*, pp. 91-94; *contra*, però, SEEL, *Rechtsstellung von Leiharbeitnehmern in Betriebsverfassungsrecht – Ein Überblick über die neusten Entwicklungen*, in *MDR*, 2012, p. 815.

⁸⁶ Cfr. BAG 5 marzo 1991, in *NZA*, 1991, p. 686; BAG 8 novembre 2016, in *AR*, 2017, p. 84.

discusso dell'attribuzione al *Betriebsrat* di diritti di partecipazione anche in riferimento a queste evenienze, ma nella versione della legge poi entrata in vigore di tali prerogative non vi è traccia⁸⁷. È stato, invece, modificato il § 80, co. 2, BetrVG, per meglio precisare il (già esistente) diritto del comitato aziendale di essere informato in tempo utile e in modo esauriente in merito all'impiego di lavoratori che non sono dipendenti dell'impresa; tale comunicazione riguarda, in particolare, l'impegno temporale, il luogo di esecuzione dell'attività e le mansioni di questi lavoratori⁸⁸. A richiesta, il datore di lavoro è tenuto a fornire al comitato aziendale anche copia dei contratti sui quali si basa la presenza nell'unità produttiva dei dipendenti di terzi (§ 80, co. 2, 3° periodo, BetrVG)⁸⁹.

Va, infine, segnalato che il § 95, BetrVG consente al comitato aziendale di influire sulle direttive adottate dal datore di lavoro per l'inserimento di lavoratori in azienda, i licenziamenti, i trasferimenti e i reinquadramenti: per conseguenza, il *Betriebsrat* gode di un diritto di codecisione qualora l'impresa utilizzatrice decida di seguire predeterminati criteri nel ricorso al lavoro interinale e, nelle unità produttive di maggiori dimensioni (più di 500 dipendenti), esso può ottenere la fissazione coattiva di tali criteri con i meccanismi cogestionali (tramite l'organo arbitrale denominato *Einigungsstelle*)⁹⁰. L'esistenza di questa disposizione spiega la diffusione di pattuizioni aziendali contenenti limiti e divieti in materia di ricorso al lavoro interinale⁹¹.

⁸⁷ HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 137; HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., pp. 99-100, secondo il quale la decisione finale del legislatore è condivisibile: con riferimento agli appalti, diritti del comitato aziendale di tal fatta avrebbero costituito una palese violazione della libertà d'impresa costituzionalmente garantita. Anche WANK, *Änderungen*, cit., p. 115, condivide l'approccio cauto del legislatore: la decisione "imprenditoriale" di ricorrere a personale esterno, sia nella forma del lavoro interinale, sia utilizzando l'appalto, è estranea ai meccanismi partecipativi imperniati sul comitato aziendale (*betriebliche Mitbestimmung*), essendo piuttosto oggetto della cogestione realizzata nei consigli di sorveglianza delle società (*unternehmerische Mitbestimmung*). Per approfondire la distinzione v. CORTI, *La partecipazione*, cit., p. 127 ss.

⁸⁸ HAMANN, *op. ult. cit.*, p. 137; HENSSLER, *op. ult. cit.*, p. 100; WANK, *Änderungen*, cit., p. 115.

⁸⁹ I vizi dell'informazione e comunicazione non rendono di per sé illegittimo l'appalto d'opera o di servizi: una sanzione di questo tipo, pur suggerita in dottrina, non è stata prevista dalla riforma del 2017. Cfr. DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 81.

⁹⁰ DÄUBLER, *op. cit.*, pp. 1030-1031.

⁹¹ Per la validità della pattuizione aziendale che attribuisce al lavoratore somministrato il diritto all'assunzione presso l'utilizzatore decorso un determinato periodo di missione v. ArbG Paderborn 5 febbraio 2015 – 5 Ca 1390/14, secondo il quale tale diritto, a seguito di trasferimento d'impresa, può essere esercitato anche nei confronti del cessionario.

9. *L'apparato sanzionatorio*

La riforma del 2017 ha inciso profondamente sull'apparato sanzionatorio, rendendolo più articolato e severo⁹², e colmando le lacune lasciate dall'intervento del 2011. Colpisce, in particolare, la generalizzazione del rimedio dell'instaurazione del contratto di lavoro in capo all'utilizzatore, prima espressamente previsto solo nel caso della fornitura di lavoro interinale da parte di agenzia priva di valida autorizzazione⁹³.

Il § 16, co. 1, AÜG elenca una lunga lista di infrazioni dell'agenzia e dell'utilizzatore, che vanno dalla somministrazione in assenza di autorizzazione alla missione che supera i limiti massimi consentiti, dalla mancata indicazione nel contratto di fornitura del *nomen iuris* alla violazione del principio di parità di trattamento e all'impiego di lavoratori interinali in sostituzione di scioperanti. Qualora siano presenti gli elementi soggettivi del dolo o della colpa (*vorsätzlich oder fahrlässig*), sono irrogate sanzioni amministrative pecuniarie con tetti massimi da 3.000 a 500.000 euro (§ 16, co. 2). Inoltre, si è già visto *retro* (par. 2) che la violazione della legislazione lavoristica, fiscale e previdenziale da parte dell'agenzia può condurre al ritiro dell'autorizzazione.

Passando alle sanzioni civili, il § 9, co. 1, AÜG, ampiamente riscritto dalla riforma del 2017, in combinazione con il § 10, co. 1, prevede ora l'inefficacia (*Unwirksamkeit*) del contratto di lavoro e la conseguente instaurazione del rapporto in capo all'utilizzatore quando: l'agenzia è priva della prescritta autorizzazione (in questa ipotesi è inefficace anche il contratto di somministrazione – § 9, co. 1, n. 1); il contratto di fornitura non è stato espressamente qualificato come tale o il lavoratore interinale non è stato previamente individuato (§ 9, co. 1, n. 1a)⁹⁴; la missione supera la durata massima consentita (§ 9, co. 1, n. 1b)⁹⁵. Grazie, in particolare, alla previsione di cui al § 9, co. 1, n.

⁹² La linea di maggior rigore è riscontrabile anche nei nuovi compiti attribuiti al *Finanzkontrolle Schwarzarbeit* (autorità che si occupa istituzionalmente del contrasto al lavoro "nero"), già responsabile per la sorveglianza sul rispetto del salario minimo dei lavoratori interinali: avrà ora anche il compito di verificare gli abusi nel ricorso ai *Werkverträge*. In effetti, BA si è finora mostrato poco efficiente nel combattere la somministrazione irregolare. Cfr. W. HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 137.

⁹³ DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 79; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 1.

⁹⁴ Ritiene la sanzione eccessiva nel caso di violazioni, che potrebbero anche essere meramente formali, HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 88.

⁹⁵ La riforma del 2011 non aveva previsto alcuna sanzione per la somministrazione che

1a, l'instaurazione *ope legis* del rapporto in capo all'utilizzatore si verificherà anche quando il contratto di somministrazione sia privo della forma scritta o sia mascherato da *Werkvertrag*⁹⁶. Più precisamente, il possesso dell'autorizzazione in capo all'appaltatore fittizio non metterà più al riparo il committente di mere prestazioni di manodopera dall'operatività della sanzione civile dell'imputazione del rapporto di lavoro⁹⁷. Il § 10a, AÜG, introdotto dalla riforma del 2017, stabilisce la medesima conseguenza in capo all'utilizzatore finale anche nell'ipotesi di ulteriore distacco operato dall'impresa somministrata (somministrazione a catena, espressamente vietata ai sensi del § 1, co. 1, 3° periodo – v. *retro* il par. 3).

In tutti questi casi il contratto di lavoro si considera siglato con l'impresa utilizzatrice sin dall'inizio della missione, salvo che l'illegittimità della somministrazione sia intervenuta in un momento successivo: esso sarà a tempo determinato soltanto se la missione sia munita di un termine finale e sussista una ragione oggettiva per l'apposizione di tale termine al rapporto di lavoro, diversamente sarà a tempo indeterminato (§ 10, co. 1). Il lavoratore ha altresì diritto al risarcimento dell'eventuale danno da parte dell'agenzia (§ 10, co.

non rispettasse il requisito della "temporaneità", di cui al § 1, AÜG. La dottrina si era arrovelata su questa "dimenticanza" del legislatore. Alcuni autori proposero l'instaurazione del rapporto direttamente in capo all'utilizzatore, in applicazione analogica del § 10, co. 1, AÜG (cfr. BARTL, ROMANOWSKI, *op. cit.*, p. 846, secondo i quali si trattava di sposare un percorso esegetico che garantisse l'efficace attuazione del diritto europeo; pur non ostile all'applicazione analogica del § 10, co. 1, AÜG, ZIMMER, „*Vorübergehender*“, cit., p. 425, suggeriva piuttosto di imporre quale sanzione la parità di trattamento con i dipendenti dell'utilizzatore, in quanto rimedio meno invasivo dell'autonomia contrattuale delle parti). Il Tribunale federale del lavoro respinse, però, tali suggestioni, affermando che, in caso di somministrazione di un lavoratore priva del carattere della temporaneità, non si poteva far luogo all'instaurazione del rapporto direttamente in capo all'utilizzatore quando l'agenzia fosse provvista di regolare autorizzazione (BAG 10 dicembre 2013, in NZA, 2014, p. 196). Per un commento assai critico di questa decisione v. ENGESER, *Nicht vorübergehende Leiharbeit sanktionslos?*, in AR, 2014, p. 1; assai perplessi dalla soluzione del BAG anche LIPINSKI-, PRASS, BAG zu „*vorübergehend*“ – *mehr Fragen als Antworten!* – *Ausführung zum Urteil des BAG vom 10.12.2013 – 9 AZR 51/13*, in BB, 2014, p. 1465.

⁹⁶ Cfr. LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 9; WANK, *Änderungen*, cit., p. 112.

⁹⁷ Nell'ipotesi in cui l'intermediario di manodopera si fosse provvidenzialmente munito dell'autorizzazione, la giurisprudenza del Tribunale federale del lavoro precedente la riforma del 2017 aveva escluso l'imputazione del rapporto in capo all'utilizzatore: cfr. BAG 12 luglio 2016, in BB, 2016, p. 2686. In questo caso, dunque, il legislatore sconfessa apertamente il BAG: v. HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 136; DEINERT, *Neuregelung*, cit., pp. 73–74; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 8; WANK, *Änderungen*, cit., p. 112. Sul tema v. ampiamente HAMANN, RUDNIK, *Scheinwerkvertrag mit Überlassungserlaubnis – Ein probates Mittel zur Vermeidung illegaler Arbeitnehmerüberlassung?*, in NZA, 2015, p. 449 ss.

2). Per la retribuzione dovuta al lavoratore durante l'esecuzione del contratto inefficace l'agenzia è coobbligata solidale insieme all'impresa utilizzatrice (§ 10, co. 3). Per rispettare il diritto alla libera scelta del proprio lavoro (e quindi anche del datore di lavoro), costituzionalmente protetto dall'art. 12, § 1, GG⁹⁸, la riforma del 2017 ha previsto che in tutte le ipotesi di instaurazione *ope legis* del rapporto con l'utilizzatore il lavoratore possa optare per la conservazione del vincolo contrattuale con il somministratore. La sua dichiarazione in questo senso (*Festhaltungserklärung*)⁹⁹ deve intervenire in forma scritta entro un mese dall'inizio della missione (o dell'illegittimità della somministrazione, se intervenuta successivamente) (cfr. i §§ 9 e 10a, AÜG)¹⁰⁰. Al fine di garantire la genuinità di tale manifestazione di volontà, essa deve essere resa personalmente dal lavoratore interinale presso un centro per l'impiego, che accerta l'identità del dichiarante e certifica la data; il documento deve quindi essere trasmesso all'agenzia o all'utilizzatore entro tre giorni (§ 9, co. 2). La violazione dei requisiti e termini previsti, come anche la continuazione dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore, comportano l'inefficacia della dichiarazione (§ 9, co. 3)¹⁰¹. La dottrina ha criticato la macchinosità di questa procedura, definita addirittura "mostro burocratico" (*Bürokratiemonster*)¹⁰²: nella misura in cui renderebbe eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di continuare il rapporto contrattuale alle dipendenze dell'agenzia, si porrebbe addirittura in contrasto con la summenzionata previsione costituzionale¹⁰³.

⁹⁸ Cfr. DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 79; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 9. Sulla questione v. ampiamente BRORS, *AÜG-Reform: Ist das geplante Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers verfassungsrechtlich geboten?*, in *NZA*, 2016, p. 672 ss.

⁹⁹ Per un approfondimento specifico del nuovo istituto v. HAMANN, RUDNIK, *Die Festhaltungserklärung des Leiharbeitnehmers nach dem neuen AÜG*, in *NZA*, 2017, p. 22 ss.

¹⁰⁰ Il termine è problematico, perché non è collegato all'effettiva conoscenza dell'illegittimità da parte del lavoratore, cosicché potrebbe essere già spirato quando il lavoratore decide di esercitare il diritto. In questo senso HAMANN, „*Entwurf*“, cit., pp. 136-137; DEINERT, *Neuregelung*, cit., pp. 79-80; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., pp. 9-10; WANK, *Änderungen*, cit., p. 112, secondo il quale il legislatore ha dato la priorità alla sicurezza del diritto. Ritengono possibile *de iure condito* un'interpretazione sistematica che ricollega il decorso del termine all'effettiva conoscenza del lavoratore W. HAMANN-T. RUDNIK, *op. ult. cit.*, p. 24.

¹⁰¹ Infatti, una seconda dichiarazione con riferimento allo stesso utilizzatore è esclusa: cfr. DEINERT, *op. ult. cit.*, p. 80.

¹⁰² Così efficacemente HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 99. Molto critiche anche le considerazioni di KAINER, SCHWEIPERT, *Werkverträge*, cit., p. 17.

¹⁰³ Cfr., seppur dubitativamente, LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 10. DEINERT, *Neure-*

10. *Le oscillazioni del pendolo: il ritorno della regolazione*

In Germania si è assistito a un'ampia liberalizzazione del lavoro interinale all'inizio del nuovo millennio: sotto il profilo della regolazione del rapporto di lavoro si tratta senza dubbio dell'intervento più ambizioso delle riforme *Hartz*, che fa ombra perfino ai limitati ritocchi che nel medesimo periodo hanno interessato la disciplina dei licenziamenti¹⁰⁴. L'impatto sulla diffusione del lavoro in somministrazione è stato grandioso: si è passati dai circa 385.000 lavoratori interinali del 2004 ai circa 900.000 dell'aprile 2012¹⁰⁵. Nel 2010, i lavoratori interinali rappresentavano circa il 2% della forza lavoro, dato che collocava il Paese al terzo posto in Europa per diffusione di questa tipologia lavorativa, dietro Regno Unito e Paesi Bassi, e a pari merito con la Francia: nell'ambito di questi quattro Paesi, però, soltanto la Germania aveva visto un incremento dei lavoratori somministrati del 131,7% tra il 2000 e il 2008¹⁰⁶. Questa progressione inarrestabile, unita a taluni eclatanti fatti di cronaca (il già menzionato caso *Schlecker*, per es. – v. *retro* il par. 5) in cui la fornitura di lavoro interinale è stata utilizzata per abbattere il costo del lavoro nell'ambito di lavorazioni stabili dell'utilizzatore, ha creato nell'opinione pubblica una forte propensione alla riregolazione dell'istituto.

Per ironia della sorte, questa revisione è coincisa con il recepimento della dir. 2008/104/CE: non stupisce che il dibattito dottrinale che ha esaminato criticamente la trasposizione tedesca si sia concentrato sugli aspetti di tutela presenti nella direttiva (veri o presunti tali, come dimostra il dibattito sul carattere temporaneo della somministrazione¹⁰⁷ – v. *retro* i parr. 3 e 9,

gelung, cit., p. 80, invece, considera il formalismo che circonda la *Festhaltungserklärung* accettabile e adeguato a contrastare i rischi di abusi.

¹⁰⁴ Sulle riforme *Hartz* v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, CORTI, *Dalle Leggi Hartz alla Legge Fornero: una riforma tedesca del lavoro?*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro al tempo della crisi. Atti del XVII Congresso dell'AIDLASS – Pisa, 7-9 giugno 2012*, Giuffrè, 2013, p. 470 ss.; ID., *Flessibilità e sicurezza*, cit., p. 201 ss.

¹⁰⁵ Cfr. i dati riportati da KRAUSE, *op. cit.*, pp. 830-831.

¹⁰⁶ Cfr. la tabella riportata in AA.VV., *The role of Temporary Agency Work And Labour Market Transitions in Europe*, Final Report for the Joint Eurociett-UNI Europa Project "Temporary Agency Work and Transitions in the Labour Market", Hamburg, February 2013, p. 23.

¹⁰⁷ Per la dottrina tedesca è stato un fulmine a ciel sereno la risposta della Commissione europea a uno studio legale di Amburgo, che lamentava l'assenza di sanzioni effettive nell'AÜG contro l'utilizzo di lavoro interinale privo del carattere della temporaneità. Secondo la Com-

anche in nota), soffermandosi meno sull'obiettivo di rimozione dei vincoli all'utilizzo della somministrazione di lavoro, pure costitutivo del compromesso che ha condotto all'approvazione della direttiva stessa¹⁰⁸. Il ritorno del pendolo verso l'apice della regolazione si è compiuto con la riforma del 2017¹⁰⁹, peraltro nel contesto di un aumento moderato della fornitura professionale di manodopera: le ultime statistiche disponibili registrano 1.034.000 lavoratori interinali al 31 dicembre 2017¹¹⁰.

Le riforme esaminate in questo lavoro hanno rafforzato il processo di contaminazione con il modello francese di lavoro interinale (v. *retro* il par. 1)¹¹¹, le cui tecniche sono state mutuate per conseguire l'obiettivo di ricondurre la fornitura di manodopera a strumento interstiziale, utilizzabile dalle imprese per fronteggiare esigenze esclusivamente temporanee di lavoro. Come è stato correttamente evidenziato, le riforme più recenti sono volte a tutelare soprattutto i *core workers*, i cui posti di lavoro si tenta in ogni modo di securizzare, mentre le condizioni dei lavoratori somministrati verosimilmente peggioreranno, con missioni più brevi e, quindi, maggiore precarietà¹¹². Si può concludere che in Germania la dir. 2008/104/CE ha svolto sinora un ruolo tutto sommato marginale nell'evoluzione della disciplina dell'istituto. Essa ha fatto da sfondo a un dibattito quasi monopolizzato dalle problematiche interne del mercato del lavoro, i cui mali si è cercato di curare intervenendo sulla regolazione del lavoro interinale, a

missione, nessuna procedura di infrazione poteva essere intrapresa, poiché la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato non costituisce alcuna violazione della direttiva. Cfr. HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 137.

¹⁰⁸ Sulla direttiva e sul compromesso che la sorregge v. per tutti PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, in F. CARINCI, PIZZO FERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Utet, 2010, p. 570 ss.; LAMBERTUCCI, *La direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, in R. FOGLIA, COSIO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Giuffrè, 2011, p. 405 ss.; CALCATERRA, *La somministrazione di lavoro. Teorie e ideologie*, Editoriale scientifica, 2017, p. 123 ss.

¹⁰⁹ L'opinione in dottrina è unanimemente condivisa: cfr., per es., HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., pp. 91-92; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 1; WANK, *Änderungen*, cit., p. 101.

¹¹⁰ V. la tabella a pagina 1 in HOBLE, PFAHL, HENTSCHEL, *Leiharbeit 1991-2017*, in WSI, www.wsi.de/genderdatenportal, 20 novembre 2018.

¹¹¹ Esprime preoccupazione per questo processo di ibridazione, condotto in modo incontrollato, WANK, *Änderungen*, cit., pp. 110-111.

¹¹² V. le osservazioni particolarmente critiche di HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 92.

marginale e talora in aperto contrasto con le logiche che la direttiva avrebbe voluto innescare¹¹³.

¹¹³ Nulla sembra destinato a cambiare nell'immediato futuro: il programma del nuovo Governo di *große Koalition* da poco insediato contempla una mera “valutazione della legge sul lavoro interinale”, da effettuarsi nel 2020. Cfr. *Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode*, 2018, p. 51.

Abstract

Il saggio esamina la disciplina del lavoro interinale in Germania alla luce della recente riforma entrata in vigore nel 2017. Il legislatore tedesco, dopo la liberalizzazione di inizio millennio (riforme Hartz), ha progressivamente reintrodotta condizioni e limiti all'utilizzo del lavoro interinale, con l'obiettivo di ricondurre l'istituto a strumento interstiziale, utilizzabile dalle imprese per fronteggiare esigenze esclusivamente temporanee di lavoro. Questo processo di ri-regolazione rischia però di entrare in rotta di collisione con la dir. 2008/104/CE, che mira anche a una revisione degli ostacoli all'utilizzo del lavoro interinale presenti negli ordinamenti degli Stati membri.

The article deals with the regulation of temporary agency work in Germany in the light of the recent reform come into force in 2017. The German legislator, after the liberalisation implemented by the Hartz reform at the beginning of the new millennium, has progressively reintroduced conditions and limits to temporary work: the goal is to make the enterprises use temporary agency work only for purely temporary needs. However, this process of re-regulation risks conflicting with the 2008/104/EC directive, which aims also at revising and removing obstacles to the use of temporary agency work existing in the member States.

Key words

Lavoro interinale, diritto del lavoro tedesco, Europa, salario minimo, contrattazione collettiva.

Temporary agency work, German labour law, Europe, minimum wage, collective bargaining.