

A gentile richiesta Impedimento al lavoro e diritto al salario

Nella nostra impresa abbiamo un collaboratore con un contratto a tempo determinato di 6 mesi. Ora ci ha presentato un certificato medico per un'assenza per malattia di 1 mese. Visto che il collaboratore ha un contratto a tempo determinato di 6 mesi, quindi non un anno intero, pensavo che anche la durata del diritto al salario fosse solo pro-rata, quindi di 1.5 settimane. Discutendo questo caso con i miei colleghi delle risorse umane, ci siamo resi conto che ci sono tante incertezze riguardo all'interpretazione della scala bernese.

Il legislatore ha stabilito all'art. 324a CO un dovere di solidarietà a carico del datore di lavoro, il quale è tenuto a versare al lavoratore lo stipendio nonostante non vi sia attività lavorativa. In effetti, se il lavoratore è impedito senza sua colpa a lavorare, per motivi inerenti alla sua persona - come malattia, infortunio, adempimento d'un obbligo legale o d'una funzione pubblica - il datore di lavoro deve pagargli per un tempo limitato il salario, compresa un'adeguata indennità per perdita del salario in natura, in quanto il rapporto di lavoro sia durato o sia stato stipulato per più di tre mesi. In merito al diritto al salario in caso d'impedimento non colposo al lavoro, l'Alta Corte (DTF 131 III 623) ha sancito delle regole peculiari:

- contratto di lavoro a durata determinata, inferiore o uguale a 3 mesi: il datore di lavoro non è tenuto a remunerare il suo dipendente durante l'incapacità lavorativa;
- contratto di lavoro a durata determinata, superiore a 3 mesi: il diritto al salario nasce sin dall'inizio del lavoro;
- contratto di lavoro a durata indeterminata, con un termine di preavviso di disdetta superiore a 3 mesi: il diritto al salario nasce sin dall'inizio dell'entrata in servizio;
- contratto di lavoro a durata indeterminata, con un termine di preavviso di disdetta inferiore o uguale a 3 mesi: il diritto al salario nasce dal primo giorno del 4. mese di lavoro (i primi 3 mesi costituiscono un termine di carenza per il dipendente).

La durata del diritto al salario è calcolata secondo la cosiddetta "Scala bernese" e varia in funzione della durata del rapporto di lavoro. Di tal fatta, se il contratto di lavoro è stipulato per un periodo inferiore a 3 mesi, non sussiste alcun diritto al salario. Se il contratto è stipulato a tempo determinato per un periodo variabile da 3 a 12 mesi, il diritto al salario corrisponde a 3 settimane. Durante il 2. anno di servizio esso corrisponde ad 1 mese, dal 3. al 4. anno di servizio a 2 mesi, dal 5. al 9. anno 3 mesi, dal 10. al 14. anno a 4 mesi, dal 15. al 19. anno a 5

mesi, dal 20. al 25. anno a 6 mesi. Dopo, ogni 5 anni, un mese in più. Esauriti gli obblighi legati alla "Scala bernese", al datore di lavoro non incombe alcun obbligo contributivo ulteriore. Si rammenta tuttavia che qualora sussista un'assicurazione perdita di guadagno per malattia, il datore di lavoro non è tenuto a pagare il salario qualora le prestazioni dovute dall'assicurazione per il tempo limitato compensano almeno i 4/5 del salario.

Qualora il contratto di lavoro individuale o collettivo non prevedano dei tempi più lunghi, il datore di lavoro deve pagare il salario secondo la durata del versamento di cui alla "Scala bernese", senza alcuna decurtazione pro-rata. In effetti, i periodi durante i quali è previsto il diritto al salario, sono già stati diversificati in funzione delle durate delle singole tipologie di contratti. Pertanto, non sussiste alcuna possibilità di ridurre i periodi pro-rata in funzione della durata determinata del rapporto di lavoro. Orbene, in questo caso, visto che il collaboratore ha un contratto a tempo determinato di 6 mesi, egli in caso d'impedimento al lavoro ha diritto al pagamento del salario per 3 settimane.

Avv. Elisabetta Conte Bombardieri

Sull'impedimento al lavoro: Manuale: 3.2.1.2

Giurisprudenza

Come qualificare un bonus: salario o gratifica?

Sentenza del Tribunale federale del 26.02.2013 (DTF 139 III 155)

Una banca aveva introdotto nel 2005 un nuovo sistema di bonus basato sull'assegnazione di azioni a favore dei propri lavoratori. Essi potevano disporre liberamente delle azioni solo dopo un determinato lasso di tempo chiamato *vesting period*. Nel caso di disdetta prima della fine del *vesting period*, il lavoratore perdeva il diritto al bonus. Un dipendente aveva notificato la disdetta ed introdotto un'azione giudiziaria pretendendo il pagamento di ca CHF 1'300'000 corrispondente al valore delle azioni che gli erano state assegnate ma di cui non poteva disporre in quanto non era finito il *vesting period*. Il Tribunale di prima istanza ed il Tribunale d'appello hanno ritenuto che il bonus rappresentasse una gratifica soggetta al libero apprezzamento da parte del datore di lavoro, pertanto il lavoratore non aveva diritto a pretenderne il pagamento. Il lavoratore ha ricorso al TF sostenendo che il bonus si basava sui risultati aziendali e che rappresentava una parte del salario di cui il datore di lavoro non poteva disporre liberamente. Inoltre ha ritenuto

che il bonus, rispetto al salario annuale di CHF 207'550, era molto alto e che pertanto mancava il criterio dell'accessorietà per qualificare il bonus quale gratifica. Il TF spiega che il bonus non è regolamentato nel CO e che è necessario valutare caso per caso se esso rappresenti una gratifica (ex art. 322d CO) oppure una parte del salario (ex art. 322/322a CO). La differenza è sostanziale in quanto una gratifica è decisa liberamente dal datore di lavoro mentre il salario non lo è. Nella presente fattispecie le azioni non venivano assegnate in base ad una specifica formula legata al risultato aziendale, bensì a libera discrezione della banca. Pertanto il TF ha respinto le argomentazioni che il bonus potesse essere considerato un salario variabile secondo l'art. 322a CO. Il TF ha ricordato che il "principio di accessorietà" della gratifica si giustifica per evitare che il datore di lavoro compensi il lavoratore tramite gratifiche anziché tramite l'istituto del salario. Sarebbe illegale e contrario allo spirito della norma dell'art. 322d CO avere un salario molto basso e una gratifica molto alta soggetta alla libera discrezione del datore di lavoro. In tale ipotesi, secondo il principio dell'accessorietà, la gratifica non è più qualificabile come tale ma diventa salario. Tuttavia, il TF ha precisato che il principio di accessorietà non si

applica se il salario raggiunge un ammontare che garantisce di gran lunga l'esistenza economica del lavoratore. Pertanto l'entità della retribuzione speciale posta in relazione con il salario non costituisce più un criterio per decidere sulla qualifica. Il TF ha dunque respinto il ricorso ritenendo il bonus una gratifica sulla quale il lavoratore non può vantare pretese.

Avv. Sharon Guggiari Salari

La retribuzione del personale - Manuale 1.3.2.
La retribuzione - Manuale 3.2.1.

IMPRESSUM

Newsletter **Lavoro** è la pubblicazione mensile del sistema d'informazione **Il diritto del lavoro applicato**.
Editore: Robert Boss
Responsabile Newsletter: Marina D'Alò
Hanno collaborato: Costantino Delogu, avvocato; Elisabetta Conte Bombardieri, avvocato; Sharon Guggiari Salari, avvocato.
Boss Editore SA - CH 6997 Sessa
tel. +41(0)91 600 93 03
fax +41(0)91 600 93 04
Redazione: redazione@boss-editore.ch
Amministrazione: info@boss-editore.ch
© www.boss-editore.ch

BOSS NEWSLETTER LAVORO

Editoriale

Nel mondo del lavoro si stipulano ogni giorno diversi contratti. Oltre a quelli più "classici", esistono quelli specifici, per esempio il contratto di mandato. Numerose aziende vi fanno ricorso, ci dice l'avvocato Costantino Delogu, esperto di diritto del lavoro, che ha accettato di condurre i nostri lettori verso una più approfondita conoscenza di questo tipo di accordo. I contratti di consulenza con professionisti indipendenti sono ad esempio utilizzati molto spesso in quei casi in cui un mandante, rispettivamente un'azienda, ha bisogno di un supporto che non trova tra i suoi collaboratori poiché troppo specialistico oppure completamente differente dal suo settore di attività. Il contratto di mandato, inoltre, prevede risvolti importanti anche dal profilo giuridico concernenti il versamento degli oneri sociali. Non conoscerne l'essenza può portare anche a gravi conseguenze soprattutto se il rapporto di lavoro non si conclude in modo idilliaco.

Con l'avvocato Delogu abbiamo affrontato vari aspetti concreti legati al contratto di mandato. Le sue colleghe, l'avvocato Elisabetta Conte Bombardieri e l'avvocato Sharon Guggiari Salari, propongono invece in questa edizione, nell'ambito delle rubriche *A gentile richiesta* e *Giurisprudenza*, un approfondimento sul tema "Come qualificare un bonus: salario o gratifica?" e la risposta ad un imprenditore che chiede lumi riguardo al diritto al salario in caso di impedimento al lavoro.

Marina D'Alò

All'interno:

- **Gli elementi importanti al momento della stesura**
- **Quando le cose finiscono male**
- **Il contratto di mandato nella pratica**
- **Impedimento al lavoro e diritto al salario** / A gentile richiesta
- **Come qualificare un bonus: salario o gratifica?** / Giurisprudenza

Quali sono le specificità di questo tipo di accordo?

Il contratto di mandato: una valida alternativa?

Il contratto su mandato. Cosa lo differenzia dagli altri contratti particolari (per esempio quello di consulenza esterna, quello dei dipendenti distaccati, un contratto di telelavoro, un contratto a termine, ecc.)? Per saperlo ci siamo rivolti ad uno dei più quotati specialisti del diritto del lavoro del Cantone Ticino, l'avvocato Costantino Delogu. Quest'ultimo ha risposto ad alcune domande specifiche nel corso di un'intervista pubblicata a pagina 3 di questa edizione.

"Quando si parla genericamente di contratto su mandato è innanzitutto doveroso determinare dal punto di vista giuridico con quale contratto abbiamo a che fare, ovvero qualificare il rapporto giuridico, per poter così

stabilire con certezza qual è il quadro contrattuale nel quale le parti si muovono", premette l'avvocato Delogu. Normalmente con un mandato si fa riferimento a un'attività lavorativa prestata a titolo indipendente, ovvero nell'ambito di un rapporto contrattuale nel quale non vi è un rapporto di subordinazione tra mandante e consulente.

"Tecnicamente - spiega l'avvocato - il contratto di mandato è definito nel Codice delle obbligazioni come il contratto in cui il mandatario si obbliga a compiere gli affari o servizi di cui viene incaricato (art. 394 CO). Secondo tale norma di legge, inoltre, i contratti relativi ad una prestazione di lavoro non compresi in una determinata specie di contratto del Codice delle obbligazioni sono soggetti alle regole del mandato".

Il nostro interlocutore evidenzia che le modalità d'esecuzione dell'attività lavorativa non caratterizzano il tipo di con-

tratto: "il telelavoro e il lavoro distaccato sono infatti degli accordi sul modo in cui l'attività viene svolta, indipendentemente dal fatto che ci si trovi in un contratto di lavoro o di mandato".

L'elemento importante nell'ambito del contratto di mandato è l'assenza di subordinazione tra mandante e professionista e l'attività svolta a titolo

indipendente da quest'ultimo, che si accolla quindi anche tutti i costi legati all'esercizio della professione e il rischio economico.

Ma quali sono allora i vantaggi per il datore di lavoro e quali per il dipendente? "Se le parti fanno riferimento a un contratto di mandato tra loro - dice l'avvocato Delogu - esse non

sono più datore di lavoro e lavoratore, bensì divengono il mandante e il professionista indipendente. Tale aspetto terminologico è importante per segnalare la grande differenza tra un contratto di lavoro e un mandato svolto a titolo indipendente. In quest'ultimo non vi è infatti alcuna subordinazione tra il mandante e il professionista. Ne va invece diversamente nel contratto di lavoro, dove il rapporto di subordinazione tra lavoratore e datore di lavoro è un elemento determinante".

Non trovandosi in un rapporto di lavoro dipendente, il committente non è il datore di lavoro del professionista e di conseguenza non ha nei suoi confronti gli obblighi derivanti dalle diverse leggi sulle assicurazioni sociali: dal punto di vista pratico l'aspetto più importante è che il professionista emette fattura per le sue prestazioni e il mandante non deve trattene alcun contri- segue a pag. 2 →



segue da pag. 1 →

Il contratto di mandato: una valida alternativa?

buto sociale o assicurativo sull'onorario pagato. È infatti il professionista indipendente che ha l'obbligo legale di far fronte personalmente al pagamento dei contributi sociali e degli oneri fiscali (compresa l'IVA) legati al reddito della sua attività professionale.

Il contratto di mandato è una formula che viene adottata spesso oppure è rara? "I contratti di consulenza con professionisti indipendenti sono utilizzati molto spesso, soprattutto in quei casi dove un mandante, rispettivamente un'azienda, ha bisogno di un supporto che non trova tra i suoi collaboratori, poiché troppo specialistico oppure completamente differente dal suo settore di attività.

"Un esempio classico - conclude Delogu - è proprio quello dell'avvocato, cui un'azienda si rivolge solo in caso di necessità, per affrontare casi puntuali e concreti".

Un contratto su mandato prevede un minimo di ore da svolgere oppure conta esclusivamente il prodotto finale? Come fa un datore di lavoro a calcolare un compenso se non può controllare effettivamente il dipendente? In altre parole, si tratta dell'acquisizione di un pacchetto globale, a "scatola chiusa", oppure si possono meglio definire già all'inizio del rapporto di lavoro delle regole precise che tutelino il datore?

"I concetti esposti hanno effettivamente attinenza con il contratto di lavoro e la remunerazione del lavoratore dipendente. Nell'ambito di un contratto di mandato, ovvero di un rapporto indi-

Gli elementi importanti al momento della stesura

Cosa è importante specificare nel contratto di mandato per evitare spiacevoli sorprese durante il rapporto di lavoro?

Il contratto di mandato deve essere chiaro e preciso circa lo statuto di lavoratore indipendente del professionista che presta la sua attività, specificando che egli si assume tutti i costi legati alla sua attività, gli oneri fiscali e assicurativi relativi al reddito della sua attività e chiarire pure l'aspetto legato alla remunerazione.

È tuttavia necessario tenere sempre presente che per la qualificazione del rapporto contrattuale, in particolare nell'ambito della valutazione effettuata sulla base della LAVS, è determinante la situazione di fatto e non il tipo di contratto che le parti hanno stipulato, quest'ultimo essendo solo un elemento di valutazione tra gli altri.

I criteri di valutazione per essere legittimamente ritenuti dei lavoratori indipendenti sono riassumibili come segue: il lavoratore indipendente (1) sopporta integralmente e personalmente le spese legate alla sua attività economica indipendente, assumendosi personalmente l'integrale rischio economico della sua attività; (2) lavora per più mandanti e committenti; (3) lavora in locali commerciali propri; (4) non occupa personale ritenuto che egli può far fronte autonomamente a tutte le incombenze della sua attività; (5) agisce verso i terzi a suo nome e per suo conto, rilasciando fatture e caricandosi personalmente il rischio legato al loro incasso; (6) organizza autonomamente, personalmente e liberamente la sua attività, in particolare per quanto attiene all'orario di lavoro.

Avv. Costantino Delogu

pendente, il mandante ha una necessità e incarica il professionista di assisterlo nel suo interesse. In tal caso l'onorario è stabilito in via consensuale dalle parti, facendo riferimento alle usuali tariffe nel settore e nella regione per il compenso del professionista", spiega l'avvocato Costantino Delogu.

È in definitiva comunque determinante il libero accordo tra le parti.

L'aspetto della garanzia del risultato è delicato, poiché nel contratto di mandato si garantisce l'attività ma non il risultato, esattamente come avviene nel contratto di lavoro. È invece diverso il caso del contratto di appalto dove ven-

gono garantiti l'attività e il risultato.

Per il contratto di mandato usualmente vi è una fatturazione che dipende dal tempo effettivamente impiegato per l'esecuzione dell'incarico, senza tuttavia che vi siano i vincoli che nel contratto di lavoro influenzano in modo importante il tempo di lavoro e di riposo.

Quando si parla di contratto di mandato bisogna, quindi, tener conto che vi sono degli aspetti delicati. Soprattutto a livello di distinzione, con particolare riguardo ai lavoratori che godono di grande indipendenza. Nel dubbio, si può anche far capo ad altri elementi complementari. Tra questi la durata, poiché il contratto di lavoro contiene necessariamente un elemento di durata mentre il mandato può essere anche occasionale. Oppure bisogna soffermarsi sulla remunerazione: il contratto di lavoro non può mai essere concluso a titolo gratuito. Questi elementi sono di supporto agli altri, essenziali ai fini della distinzione, quali accertarsi se, ed in quale misura, chi presta il lavoro è libero di giudicare egli stesso il tempo indispensabile all'attività ed il momento dei suoi interventi, oppure se può decidere di farsi aiutare, rispettivamente sostituire, nell'esecuzione del lavoro affidatogli. (m.d'a.)

Definizione del contratto di lavoro e differenze con altri contratti - Manuale 2.1. Il rapporto di subordinazione - elemento qualificante del contratto di lavoro - Manuale 2.2.4.1.1.

Quando le cose finiscono male

Nel caso di rottura del rapporto di lavoro ci sono spesso casi di contestazioni-cause se si lavora con tratti di mandato?

Le contestazioni e le liti originate da un contratto di mandato sono notevolmente meno numerose delle contestazioni che sorgono nell'ambito di un contratto di lavoro, questo verosimilmente in ragione delle numerose protezioni che tutelano la posizione del lavoratore (considerato parte debole dal legislatore) nell'ambito di un contratto di lavoro. Lo spiega un esperto del diritto del lavoro, l'avvocato Costantino Delogu. Ed aggiunge. "Evidentemente il rischio maggiore è quello che un rapporto contrattuale che le parti hanno definito e condotto sulla base di un contratto di mandato, e quindi a titolo indipendente, possa essere successivamente qualificato come un rapporto di lavoro dipendente, comportando di conseguenza tutte le riprese per i contributi sociali e gli eventuali oneri fiscali (imposta alla fonte) che l'azienda, considerata ora datore di lavoro secondo le norme sul contratto individuale di lavoro, avrebbe dovuto trattenere e riversare alle competenti assicurazioni e autorità".

Se tale ripresa venisse effettuata dopo alcuni anni, considerato peraltro un periodo di prescrizione di cinque anni, rischierebbe di divenire un onere molto importante per l'azienda, che potrebbe non avere nemmeno più la possibilità di rivalersi sul lavoratore per la sua parte in caso di rapporto contrattuale già terminato, mette in guardia l'avvocato.

Alcuni casi concreti per sapere come comportarsi Il contratto di mandato nella pratica: diritti e doveri

Intervista di Marina D'Alò all'avvocato Costantino Delogu, esperto di diritto del lavoro

Dal lato pratico, quali sono i vincoli per i datori che scelgono il contratto su mandato, per esempio, sono obbligati al versamento degli oneri sociali, dell'AVS, ecc.?

Il piano giuridico del contratto di mandato rende molto agevole per un'azienda il ricorso a professionisti esterni attraverso un contratto di mandato, poiché tale rapporto giuridico non configura un contratto di lavoro e non comporta per l'azienda alcun obbligo di assoggettamento dell'attività del professionista alle leggi sulle assicurazioni sociali. È infatti il professionista stesso che deve essere riconosciuto, ai sensi della LAVS, come soggetto con attività lucrativa indipendente ed è quindi lui stesso direttamente e personalmente debitore dei contributi sociali legati alla sua attività. Tale aspetto è tuttavia molto delicato poiché per poter avere legittimamente un rapporto di mandato che non potrà essere in seguito qualificato come contratto di lavoro, con i conseguenti obblighi contributivi a carico del datore di lavoro, il professionista deve essere iscritto all'AVS come persona con attività lucrativa indipendente.

In caso di malattia o infortunio del dipendente, come bisogna regolarlo?

In simili evenienze il mandante non ha alcun obbligo nei confronti del professionista inabile al lavoro. Infatti, anche in tal caso, il rischio economico resta sulle spalle dell'indipendente, che potrà beneficiare di eventuali indennità di assicurazione solo se sono state concluse delle polizze d'assicurazione per coprire il rischio della perdita di guadagno nell'ambito della sua attività indipendente.

Il datore deve prevedere periodi di vacanza, tredicesima, ecc.?

Anche tali aspetti sono confinati al contratto di lavoro per cui i periodi di attività e di inattività (ad esempio per vacanze), vengono liberamente concordati direttamente tra mandante e professionista, senza tuttavia che la legge imponga loro dei vincoli. Diversamente ne va invece per i lavoratori nell'ambito di un contratto di lavoro, in cui la legge

riconosce almeno 4 settimane di vacanze all'anno, di cui almeno 2 da svolgere consecutivamente. Anche dal punto di vista della remunerazione vi è completa libertà delle parti di definirla nell'ambito del loro accordo.

Se il collaboratore che lavora su mandato necessita di uno stage, di formazione permanente, di un corso poniamo linguistico, come deve comportarsi il datore?

Tale situazione rientra nei casi che vanno discussi tra professionista e mandante, nel senso che quest'ultimo non ha alcun obbligo, nemmeno economico, nei confronti di un'eventuale formazione intrapresa dal professionista che, ricordiamolo, è un soggetto assolutamente indipendente. Per definire le modalità e i tempi di evasione della consulenza o dell'attività prevista dal mandato, evidentemente le parti dovranno discutere e chiarire eventuali periodi di assenza del professionista, in cui egli non potrà fornire la sua attività professionale.

Facciamo altri due esempi. Il servizio militare o il periodo di maternità...

Il servizio militare e la maternità non hanno alcuna influenza giuridica sul contratto, diversamente da quanto invece accade nel contratto di lavoro. Infatti il committente non ha alcun obbligo in tali situazioni, mentre il professionista indipendente gestisce personalmente e direttamente gli aspetti assicurativi legati a tali particolari periodi.

Per quanto concerne altri obblighi, per esempio quello alla fedeltà, ci sono delle differenze rispetto ad un contratto tradizionale?

Se per contratto tradizionale intendiamo il contratto di lavoro, la fedeltà che il professionista deve al mandante è la medesima a cui è tenuto il lavoratore nei confronti del datore di lavoro. Su tale aspetto i due contratti non divergono minimamente.

Per quanto concerne il materiale aziendale, è il datore di lavoro che deve fornirlo oppure si considera del tutto indipendente ed auto-

Un paio di esempi per capire meglio

Il contratto di mandato è una delle numerose possibilità di accordi di lavoro. L'obbligo di consegnare regolarmente dei rapporti di attività, i rimborsi spesa, le regole in caso di disdetta, sono ad esempio fattori che fanno, ad esempio, la differenza. L'importante è non confondersi con altre forme apparentemente simili. Per quanto concerne il contratto di mandato, un paio di esempi pratici (tratti dal Manuale del diritto del lavoro applicato) possono far meglio comprendere le sue caratteristiche. Il primo caso è quello del contratto tra una società anonima ed un suo amministratore. Generalmente qualificato come contratto di mandato, a meno che non esista un rapporto di subordinazione tra le parti (DTF 121 I 262). Tuttavia, ed in particolare nel caso delle piccole imprese, il contratto ricade sotto il diritto del lavoro quando l'amministratore assume anche compiti di direzione e di gestione corrente della società. L'amministratore di una società anonima, della quale egli è il proprietario economico e che egli dirige congiuntamente al fratello, è invece legato a questa società, in assenza di un rapporto di subordinazione, da un mandato. Il secondo caso emblematico è quello tra un pittore ed un'altra persona definito dalle parti quale mandato. Nonostante la qualifica attribuita dalle parti, il rapporto è stato considerato quale contratto di lavoro in quanto il pittore lavorava per un solo "mandante", ricevendo da lui materiale ed utensili e percependo un salario per ore di lavoro (BJM 1981,293).

mo il collaboratore e, di conseguenza, quest'ultimo è tenuto a fornire un pacchetto globale?

Nell'ambito di un contratto di mandato è il professionista che deve farsi carico delle spese professionali e non il mandante. Questo comporta anche che tutti gli strumenti, i macchinari e gli utensili necessari per l'esecuzione del lavoro deve procurarseli il professionista, non dovendosi attendere che vengano messi a disposizione da parte del mandante.