

Le regole

La disciplina del contratto di somministrazione

Pierluigi Rausei - Adapt professional fellow (*)

La somministrazione di lavoro lecita si svolge attraverso due distinte figure contrattuali che si tagliano l'una all'altra:

- da un lato il **contratto di somministrazione** che è un contratto tipico di natura commerciale e si stipula fra l'Agenzia di somministrazione e l'impresa utilizzatrice;
- dall'altro il **contratto di lavoro subordinato (c.d. contratto di lavoro somministrato)** fra Agenzia somministratrice e lavoratori da somministrare.

Come il lavoratore rimane estraneo sostanzialmente al contratto di somministrazione, allo stesso identico modo l'utilizzatore resta del tutto estraneo al contratto di lavoro fra l'Agenzia e il lavoratore.

Si tratta, dunque, di una vera e propria scissione strutturale fra la gestione normativa e quella tecnico-produttiva del "lavoratore somministrato", alla luce di una fattispecie negoziale complessa, la quale trova la propria fondamentale disciplina regolativa negli artt. 30-40, D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

Per una definizione del "contratto" di somministrazione di lavoro, peraltro, si può anzitutto andare all'art. 30, D.Lgs. n. 81/2015, secondo cui si discute del: "*contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata (...) mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore*".

Il testo finale del Decreto correttivo D.Lgs. n. 185/2016 **non ha previsto interventi correttivi alle norme in materia di somministrazione di lavoro e di lavoro a termine**, non aderendo il

D.Lgs. n. 185/2016 alle richieste avanzate dalla Commissione lavoro del Senato della Repubblica e sancite nell'Intesa raggiunta in Conferenza Stato-Regioni. Specificamente, la Commissione lavoro del Senato chiedeva un intervento in materia di *somministrazione di lavoro* per reintrodurre nel D.Lgs. n. 81/2015 le fattispecie legali nelle quali non operano i limiti numerici posti alla somministrazione a termine. Sempre in tema di somministrazione si proponeva l'introduzione di disposizioni più favorevoli per la somministrazione di lavoro effettuata con lavoratori assunti a tempo indeterminato. Si chiedeva poi la previsione di una norma che garantisse l'immediatezza e l'efficacia delle azioni di recupero in caso di inadempimento dell'utilizzatore, per la parte attinente al costo del lavoro.

I soggetti della somministrazione

La somministrazione coinvolge tre posizioni giuridiche soggettive:

- *impresa utilizzatrice*: il soggetto che si avvale dell'attività lavorativa del lavoratore "oggetto" di somministrazione;
- *agenzia di somministrazione*: l'agenzia per il lavoro debitamente autorizzata (iscritta in una delle due prime sezioni dell'Albo ministeriale e accreditata) che fornisce (somministra) la manodopera;
- *prestatore di lavoro somministrato*: il lavoratore che assunto da un datore di lavoro (agenzia per il lavoro) svolge le proprie prestazioni lavorative per uno o più diversi datori di lavoro (utilizzatori).

(*) L'Autore è anche dirigente dell'Ispettorato nazionale del lavoro.

Percorsi

L'utilizzatore

Guardando ai soggetti della somministrazione sembra inevitabile concentrarsi in primo luogo sul soggetto che richiede e utilizza i lavoratori somministrati, vale a dire, secondo la denominazione scelta dal D.Lgs. n. 81/2015, l'utilizzatore. L'art. 31, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 81/2015 non prevede alcun limite specifico con riguardo alla identificazione soggettiva dell'utilizzatore che, pertanto, **può essere chiunque**: imprenditore, associazione, organizzazione o anche un semplice datore di lavoro non imprenditore.

Il somministratore

Venendo all'altro contraente del contratto di somministrazione di lavoro, basti qui rilevare che per effettuare attività di somministrazione l'Agenzia per il lavoro deve ottenere la **necessaria autorizzazione da parte del Ministero del lavoro**, nei termini e secondo le modalità previste dagli artt. 4 e 5, D.Lgs. n. 276/2003 e dai provvedimenti attuativi (D.M. 23 dicembre 2003 e D.M. 5 maggio 2004), dimostrando di essere in possesso di tutti i requisiti soggettivi e oggettivi, giuridici, organizzativi e finanziari richiesti dalle norme, nonché di rispettare puntualmente tutti gli ulteriori obblighi informativi da ultimo richiamati dalla circolare n. 13 del 9 aprile 2009 del Ministero del lavoro.

Il lavoratore somministrato

Riguardo al terzo soggetto protagonista dell'operazione contrattuale tripartita, occorre anzitutto rilevare come questi sia, **di fatto, del tutto estraneo** (su un piano giuridico formale) **al contratto di somministrazione di lavoro**, se non per la circostanza (di sicuro rilievo sul piano sostanziale) che esso lo riguarda direttamente, identificando e disciplinando le prestazioni lavorative e le mansioni che il lavoratore dovrà andare a svolgere presso l'utilizzatore. Invero, tuttavia, la relazione primaria che coinvolge, in forma giuridica, il lavoratore è il **rapporto di lavoro subordinato che viene ad instaurarsi fra questi e l'Agenzia di somministrazione**.

Tale rapporto può svolgersi, come il contratto di somministrazione, a termine (art. 23 del Ccnl del 27 febbraio 2014) o a tempo indeterminato (art. 22 del Ccnl del 24 febbraio 2014). Se vi è **somministrazione a tempo indeterminato** il rapporto di lavoro tra il somministratore e i singoli presta-

tori di lavoro è soggetto alla **disciplina generale dei rapporti di lavoro**, così come prevista per il rapporto di lavoro a tempo indeterminato (art. 34, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015), non c'è quindi nessun obbligo di assunzione a tempo pieno, ad esempio, né è escluso che il somministratore possa avvalersi di taluna delle tipologie contrattuali di assunzione previste dalle norme di disciplina generale del lavoro. Si tenga presente che l'art. 48, comma 4, del Ccnl del 27 febbraio 2014 dei lavoratori in somministrazione prevede l'obbligo per il somministratore che avvia lo *staff leasing* di assumere il lavoratore soltanto a tempo indeterminato, con la sola eccezione delle assunzioni in sostituzione. D'altra parte analoga disposizione è contenuta nell'art. 31, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015 nel quale si stabilisce che **"possono essere somministrati a tempo indeterminato esclusivamente i lavoratori assunti dal somministratore a tempo indeterminato"**.

Ai sensi dell'art. 34, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015 nelle fattispecie in cui i lavoratori somministrati sono assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato, essi **rimangono a disposizione del somministratore per i periodi in cui non svolgono la prestazione lavorativa presso un utilizzatore**, in attesa di essere inviati in missione, perciò nel contratto di lavoro somministrato deve essere **"determinata l'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie"**. Nelle more della adozione del Decreto ministeriale attuativo del D.Lgs. n. 81/2015 (stante l'esplicita previsione dell'art. 55, comma 3, dello stesso Decreto delegato: **"sino all'emanazione dei decreti richiamati dalle disposizioni del presente Decreto legislativo, trovano applicazione le regolamentazioni vigenti"**) si potrà fare riferimento al D.M. 10 marzo 2004 (secondo cui la misura dell'indennità non può essere inferiore a 350,00 euro mensili). **L'indennità di disponibilità** è esclusa dal computo di qualsiasi istituto di legge o di contrattazione collettiva e, per l'effetto, non concorre al calcolo della retribuzione, né è utile parametro per la determinazione di singoli elementi della retribuzione stessa, siano essi differiti o indiretti. L'art. 37, comma 1, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 81/2015 stabilisce che il somministratore deve versare i contributi sull'indennità di disponibilità per il loro effettivo ammontare, anche in deroga alla normativa vigente in materia di minimali contributivi.

Se il **lavoratore somministrato è assunto a termine**, l'art. 34, comma 2, primo periodo, D.Lgs. n. 81/2015 stabilisce che il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina dettata dal "Codice dei contratti" per il lavoro a tempo determinato (Capo III, D.Lgs. n. 81/2015) limitatamente a quanto compatibile. Sono escluse, tuttavia, le disposizioni riguardanti:

- l'apposizione di un termine non superiore a 36 mesi (art. 19, comma 1);
- il limite massimo di 36 mesi per la durata dei rapporti a termine fra le stesse parti per le mansioni di pari livello e categoria legale (art. 19, commi 2 e 3);
- le limitazioni rispetto al numero delle proroghe e agli intervalli obbligatori in caso di rinnovo dello stesso contratto a termine (art. 21);
- il limite percentuale di contingentamento legale rispetto al numero massimo dei contratti a termine attivabili contemporaneamente (art. 23);
- i diritti di precedenza nell'assunzione (art. 24).

Inoltre, il **termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato**, con il consenso del lavoratore somministrato, mediante atto scritto, nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore (art. 34, comma 2, ultimo periodo, D.Lgs. n. 81/2015).

Ai sensi dell'art. 31, comma 3, D.Lgs. n. 81/2015 i lavoratori somministrati **devono essere informati dall'utilizzatore in merito ai posti vacanti presso la propria realtà imprenditoriale**, anche attraverso un avviso generale affisso all'interno dei propri locali.

I tecnici del Ministero del lavoro, rispondendo al quesito n. 15 del "Forum lavoro" del 24 settembre 2015, hanno ribadito, anche nel nuovo quadro regolatorio, la possibilità (già ammessa nella circolare n. 18/2012 e nella risposta a interpello n. 32/2012) del lavoro in somministrazione fra le stesse parti anche dopo i 36 mesi di contratto a termine per cui viene confermato che **al termine del periodo massimo di durata del contratto a termine pari a 36 mesi (al cui raggiungimento concorrono anche i periodi di somministrazione a tempo determinato) è comunque consentito il ricorso al contratto di somministrazione a tempo determinato** tra il medesimo utilizzatore e lo stesso lavoratore. Così espressamente i tecnici ministeriali: "il Ministero si è già espresso con circolare n. 18/2012 e interpello n. 32/2012 chia-

rendo che 'il periodo massimo costituisce solo un limite alla stipulazione di contratti a tempo determinato e non - invece - al ricorso alla somministrazione di lavoro'. Ne deriva che, una volta raggiunti i 36 mesi, il datore di lavoro potrà ricorrere alla somministrazione a tempo determinato con lo stesso lavoratore".

Contratti di somministrazione

Il contratto di somministrazione di lavoro può avere due forme distinte, come ricordato, a termine e a tempo indeterminato.

Per entrambe il D.Lgs. n. 81/2015, in parte confermandolo e in parte differenziandosi rispetto al quadro regolatorio previgente, ha consentito il ricorso al lavoro somministrato da parte delle aziende utilizzatrici, in entrambe le forme, senza nessuna causale specifica e senza una elencazione di attività o di settori predeterminata, rimettendo quale unica limitazione legale all'utilizzo distorto dell'istituto contrattuale un contingentamento numerico di sola natura contrattuale collettiva per la somministrazione a tempo determinato e di natura legale (ovvero, in alternativa, contrattuale collettiva) per lo *staff leasing*. Ai sensi dell'art. 35, comma 8, D.Lgs. n. 81/2015 è nulla qualsiasi clausola che sia diretta a limitare, anche solo indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore somministrato al termine della missione. La disposizione fa salva soltanto l'ipotesi nella quale al lavoratore venga corrisposta una specifica e adeguata indennità, secondo quanto stabilito dal contratto collettivo applicabile al somministratore.

Somministrazione a tempo determinato

Questa forma di somministrazione è, in buona sostanza, l'erede diretta del vecchio lavoro temporaneo o interinale, sebbene nell'art. 30, D.Lgs. n. 81/2015 (a differenza di quanto accadeva nell'art. 20, D.Lgs. n. 276/2003), questa tipologia di somministrazione di lavoro, seppure ammessa in via generale, senza particolari limitazioni, né intrinseche né estrinseche, finisce per essere elencata solo come seconda, dietro la somministrazione a tempo indeterminato.

Secondo il dettato normativo dell'art. 30, D.Lgs. n. 81/2015 il contratto di somministrazione a termine può essere stipulato con le **Agenzie (per il lavoro) di somministrazione che sono iscritte alla prima sezione dell'Albo informatico delle**

Percorsi

Agenzie, cioè di quelle agenzie generaliste, che ai sensi dell'art. 4, D.Lgs. n. 276/2003 possono svolgere qualsiasi forma di somministrazione, a termine e a tempo indeterminato.

Questa forma di somministrazione è **pienamente acausale** e non necessita di riferimenti a specifiche causali giustificative.

Le nuove norme devono essere lette nel senso di una chiara manifestazione della volontà di ridurre, fino ad eliminarlo del tutto, il contenzioso giudiziario sul contratto di somministrazione a tempo determinato.

D'altro canto, l'Autorità giudiziaria (ma anche l'Ispettore del lavoro) avrà piena libertà di analisi e di giudizio sulla sussistenza effettiva di tutti gli elementi e i requisiti essenziali di legalità, di validità e di legittimità dell'instaurazione di un rapporto trilaterale di somministrazione di lavoro.

Clausole di contingentamento

Riguardo alla fissazione di limiti predefiniti per l'utilizzazione di questa tipologia di somministrazione, l'art. 31, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015, stabilisce espressamente che la somministrazione di lavoro a tempo determinato è utilizzata **nei limiti quantitativi individuati dai Contratti collettivi** (nazionali, ma anche territoriali o aziendali, ai sensi dell'art. 5, stesso D.Lgs. n. 81/2015) applicati dall'utilizzatore.

Quello quantitativo rappresenta l'unico limite ulteriore che il legislatore espressamente prevede e stabilisce.

Un limite, peraltro, non aprioristicamente ritenuto necessario dal legislatore delegato, come si può rilevare dalla circostanza che la norma rimette, appunto, ai Contratti collettivi di lavoro, delle imprese che si presentano quali utilizzatrici, la facoltà di prevedere l'individuazione di precisi limiti numerici per l'utilizzo della somministrazione di lavoro a tempo determinato, si tratta delle *c.d.* "clausole di contingentamento".

Fissazione di limiti che, pertanto, è solo eventuale e comunque rimessa alla contrattazione collettiva, ma che, ove tale diritto della contrattazione collettiva venga esercitato, stabilendo limiti nei cui riguardi non vengono previsti tetti minimi né massimi, il contratto di somministrazione che coinvolga un numero di lavoratori maggiore di quello contrattualmente previsto farà scattare la sanzione della nullità del contratto con la relativa applicazione delle sanzioni civili *ex art.* 38, com-

ma 2, D.Lgs. n. 81/2015 e delle sanzioni amministrative stabilite dall'art. 40 dello stesso Decreto delegato, diventando in tale ipotesi il contratto collettivo stesso fonte del diritto, addirittura con copertura sanzionatoria.

Da ultimo, sul punto, si segnala che l'art. 31, comma 2, ultimo periodo, D.Lgs. n. 81/2015, stabilisce espressamente che rimane in ogni caso esente da limiti quantitativi (anche quando previsti dalla contrattazione collettiva applicata) la somministrazione a tempo determinato che interessi:

- lavoratori assunti ai sensi dell'art. 8, comma 2, legge 23 luglio 1991, n. 223;
- soggetti disoccupati che godono, da almeno sei mesi, di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali;
- lavoratori "svantaggiati" o "molto svantaggiati" ai sensi dei numeri 4) e 99), art. 2, Regolamento Ue 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014.

Nella somministrazione a termine, a differenza che nello *staff leasing*, il lavoratore può essere assunto sia a termine che a tempo indeterminato. Nell'ipotesi in cui il lavoratore somministrato sia assunto a tempo indeterminato, per una somministrazione a termine, allo stesso spetterà una indennità di disponibilità per i periodi in cui il lavoratore resta a disposizione dell'Agenzia (*stand-by worker*) in attesa di assegnazione ad altro utilizzatore.

Somministrazione a tempo indeterminato

Si tratta del contratto stipulato fra un datore di lavoro (utilizzatore) e una Agenzia (per il lavoro) di somministrazione, generalista o specialista (sezione I o II dell'Albo nazionale), senza più lo specifico requisito del rispetto di un ambito di operatività, nel quadro regolatorio previgente stabilito tassativamente (dall'art. 20, comma 3, D.Lgs. n. 276/2003 ora abrogato).

In chiave storica si tratta di un vero e proprio *ré-versement* legislativo in materia di esternalizzazione (*out-sourcing*), giacché la somministrazione di mere prestazioni di lavoro non solo è resa possibile anche a tempo indeterminato, ma non reca più particolari rigidità normative quanto all'ammissibilità di questa seconda tipologia di somministrazione, che, in effetti, viene annoverata dagli artt. 30 e 31, D.Lgs. n. 81/2015 come la prima

forma di somministrazione generalizzata di manodopera consentita.

L'art. 31, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015 afferma, con chiare ed univoche espressioni, che la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, *c.d. "staff leasing"*, vale a dire l'affitto di manodopera senza limiti di tempo precostituiti, è ammessa nei limiti massimi del 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipula del contratto di somministrazione.

Il D.Lgs. n. 81/2015 tuttavia non prevede alcuna tipologia di somministrazione a tempo indeterminato che possa essere esentata dal computo del limite quantitativo e, quindi, nessuna deroga al contingente legale predeterminato percentualmente rispetto al numero dei dipendenti diretti dell'utilizzatore assunti a tempo indeterminato.

D'altro canto l'*incipit* della norma fa espressamente salva una "*diversa previsione dei Contratti collettivi applicati dall'utilizzatore*", ciò lascia presumere che in merito alla clausola di contingentamento legale del 20% la contrattazione collettiva (nazionale, territoriale o aziendale) applicata dall'utilizzatore può derogare al limite legale, sia aumentandolo che diminuendolo, ed anche individuare criteri di scelta differenti per effettuare il calcolo rispetto alla data del 1° gennaio (ad esempio valutando i lavoratori a tempo indeterminati occupati mediamente in un arco temporale predeterminato o al momento della stipula del contratto di somministrazione).

Calcolo del contingente di somministrati in staff leasing

L'art. 31, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015 non si limita a stabilire il contingente percentuale massimo di ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato, ma esattamente sulla falsariga di quanto operato dallo stesso "Codice dei contratti" in merito al rapporto di lavoro a tempo determinato (art. 19, comma 3, D.Lgs. n. 81/2015), indica criteri operativi di calcolo ai fini della determinazione del contingente massimo di lavoratori somministrati occupabili nella azienda utilizzatrice in forza del contratto di somministrazione a tempo indeterminato. In assenza di una diversa disciplina contrattuale applicata, il datore di lavoro deve verificare il numero dei rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato che risultano attivi alla data del 1° gennaio ovvero, per le

attività iniziate in corso d'anno, alla data di assunzione del primo lavoratore a termine per verificare il limite del 20% introdotto dal Jobs Act. Rispetto al calcolo del 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipula del contratto di somministrazione, la norma espressamente prevede che se il calcolo della percentuale restituisce un valore con decimale uguale o superiore a 0,5 l'utilizzatore può arrotondare all'unità superiore il numero dei lavoratori a tempo indeterminato occupabili in forza di contratti di somministrazione. Il limite del numero complessivo dei contratti a termine non è un valore di *stock* (in analogia a quanto chiarito della circolare n. 18/2014 a proposito dei contratti a tempo determinato), dovendosi individuare quale limite mobile e variabile, rappresentando una proporzione che muta al mutare delle condizioni oggettive aziendali, per cui cessando un contratto di somministrazione a tempo indeterminato se ne può stipulare un altro immediatamente dopo, a condizione che venga rispettato il rapporto del 20% col personale assunto direttamente a tempo indeterminato. Analogamente se nell'ambito di un contratto di *staff leasing* che prosegue un lavoratore cessa la propria attività lavorativa presso l'utilizzatore un altro potrà sostituirlo, nei limiti del contingente legale o contrattuale collettivo. Una delle particolarità della scelta legislativa di collocare il parametro di riferimento per il computo al 1° gennaio dell'anno di riferimento attiene alle modalità di calcolo per le aziende utilizzatrici che avviano l'attività durante l'anno. In merito, l'art. 31, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015 (conformemente all'art. 23, comma 1, dello stesso Decreto delegato), stabilisce espressamente che nel caso di inizio dell'attività durante il corso dell'anno, il limite quantitativo deve essere computato sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento della stipula del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato.

Forma scritta a pena di nullità

Il contratto di somministrazione è un contratto di scambio, a prestazioni sinallagmatiche, a titolo oneroso, in cui il somministratore si impegna, verso un preciso corrispettivo economico (che la legge fissa nella misura minima inderogabile), a

Percorsi

fornire uno o più lavoratori all'utilizzatore perché svolgano le proprie prestazioni lavorative soggiacendo al potere direttivo, organizzativo e di controllo dell'utilizzatore stesso.

Il contratto, in entrambe le manifestazioni considerate, a termine e a tempo indeterminato, **deve essere stipulato in forma scritta**, secondo l'**art. 33, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015**, *ad substantiam*, vale a dire **a pena di nullità**, come sancito dall'**art. 38, comma 1, stesso D.Lgs. n. 81/2015**, in ragione del quale in mancanza di forma scritta "il contratto di somministrazione di lavoro è nullo" e, conseguentemente, i lavoratori in origine somministrati "sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore" (seppure già occupati per lo stesso periodo dall'Agenzia di somministrazione).

Si tratta quindi di una previsione che esprime, senza dubbio, una concezione della struttura negoziale tipicamente "formalistica", a garanzia, d'altra parte, di una piena legalità dell'operazione, commerciale e di lavoro, anche alla luce di una necessaria tutela della trasparenza contrattuale di un negozio che influisce direttamente sulle sorti di alcuni rapporti di lavoro.

Peraltro, valga la pena riflettere sulla assenza di indicazioni cogenti rispetto ad un modello preciso da seguire per la realizzazione e la stipula del contratto di somministrazione.

Il contratto deve evidenziare esplicitamente una serie ben determinata di elementi atti a identificare i soggetti contraenti e la legittimità degli stessi a contrarre, a garantire la massima trasparenza dell'operazione negoziale anche nei riguardi dei lavoratori, a certificare tutti i requisiti di liceità richiesti dalla legge.

Con la previsione dell'obbligo di forma scritta *ad substantiam*, ma non anche dell'obbligo di forma per i contenuti essenziali, il legislatore intende garantire i lavoratori sotto ogni profilo e lo dichiara espressamente proprio laddove la norma prescrive che senza la forma scritta si ha una somministrazione nulla e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti di legge e di contratto collettivo dipendenti diretti dell'utilizzatore.

L'effetto conseguente alla mancanza della forma scritta è l'effettiva assunzione alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice dei lavoratori oggetto di somministrazione. Peraltro che i lavoratori, accanto agli organi di vigilanza e, su tutti, agli Ispettori del lavoro, siano i diretti destinatari del-

la indicazione "nero su bianco" dei diversi aspetti del contratto di somministrazione, lo si evince con sicura evidenza anche dall'art. 33, comma 3, D.Lgs. n. 81/2015, che fa espressamente carico al somministratore di comunicare "per iscritto" al lavoratore, "all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio in missione presso l'utilizzatore", tutte le informazioni individuate dalla stessa disposizione come contenuto minimo del contratto di somministrazione, "nonché la data di inizio e la durata prevedibile della missione".

Contenuto minimo

Il **contratto di somministrazione di lavoro** deve presentare un contenuto minimo essenziale, idoneo a verificarne a priori una obiettiva validità e una genuina liceità. In particolare, dunque, il contratto scritto di somministrazione **deve contenere gli elementi che di seguito si specificano**:

- gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore;
- il numero dei lavoratori coinvolti dalla somministrazione;
- l'espressa indicazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori e le misure di prevenzione (individuali e collettive) adottate;
- la data di inizio e la durata della somministrazione di lavoro;
- le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori somministrati e loro inquadramento contrattuale;
- il luogo di svolgimento, la distribuzione dell'orario di lavoro e il trattamento economico e normativo per le prestazioni lavorative dei lavoratori somministrati.

Comunicazione sul trattamento economico e normativo

D'altro canto, l'art. 33, comma 2, prima parte, del D.Lgs. n. 81/2015, sancisce l'**obbligo per l'utilizzatore di comunicare al somministratore**, in forza del contratto di somministrazione di lavoro, i **trattamenti economici e normativi concretamente applicabili ai lavoratori occupati alle dirette dipendenze dell'utilizzatore** e, di fatto, comparabili in quanto svolgono le medesime mansioni dei lavoratori da somministrare. L'obbligo di comunicazione ribadisce l'effettiva esigenza che l'utilizzatore provveda a comunicare al datore di lavoro-agenzia di somministrazione

la quantificazione degli elementi retributivi sulla base dei quali si deve procedere a computare i costi concreti ed effettivi della somministrazione di lavoro, oltretutto, prima ancora, ad inquadrare e retribuire correttamente i lavoratori somministrati.

Rimborso degli oneri retributivi e previdenziali

Inoltre l'art. 33, comma 2, seconda parte, D.Lgs. n. 81/2015, fissa l'obbligo per l'utilizzatore di rimborsare al somministratore integralmente tutti gli oneri retributivi e previdenziali effettivamente sostenuti dall'Agenzia di somministrazione in forza del contratto di somministrazione di lavoro stipulato fra le parti. Oggi come ieri la norma va vista in termini di conferma della natura onerosa del contratto di somministrazione, dovendosi leggere in uno con l'obbligo di comunicazione circa il trattamento economico e normativo, dove si specifica non solo l'onere economico nel suo distribuirsi fra i due contraenti, ma viene addirittura evidenziato il costo minimo dell'operazione contrattuale nel suo complesso considerata.

Somministrazione vietata

Il D.Lgs. n. 81/2015, nel disciplinare la somministrazione di lavoro a termine e a tempo determinato, ha inteso anche prevedere alcune *ipotesi tassative* in cui *la stipula del contratto* non è semplicemente nulla, ma è *vietata*. I *cas* di *divieto espresso*, peraltro, sono ampiamente ricalcati su quelli già previsti per il contratto di lavoro a tempo determinato e sono tassativamente esplicitati dall'**art. 32, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015** e si sintetizzano in *quattro ipotesi*:

- a)* per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;
- b)* presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi (artt. 4 e 24, legge n. 223/1991);
- c)* presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni;
- d)* da parte dei datori di lavoro che non hanno effettuato la valutazione dei rischi (art. 28, D.Lgs. n. 81/2008).

Apprendistato in somministrazione

Alla luce dell'art. 42, comma 7, D.Lgs. n. 81/2015, che esclude esplicitamente la possibilità di occupare in somministrazione apprendisti con contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato, l'assunzione di apprendisti da parte delle Agenzie di somministrazione di lavoro è da ritenersi perfettamente legittima, con riguardo alla somministrazione a tempo indeterminato. D'altronde, sul piano l'art. 26 del Ccnl del 27 febbraio 2014 disciplina in modo peculiare il rapporto di lavoro degli apprendistati somministrati a tempo indeterminato.

Obbligo di solidarietà fra utilizzatore e somministratore

Fondamentale è il principio di solidarietà di cui all'art. 35, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015: si tratta dell'obbligazione in solido che il somministratore assume nel corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e previdenziali spettanti e dovuti.

La responsabilità solidale fra utilizzatore e somministratore viene stabilita con riferimento ai *trattamenti retributivi e contributivi* dovuti ai lavoratori impiegati nella somministrazione di lavoro a termine o a tempo indeterminato e si presenta, d'altro canto, illimitata:

- sia in termini quantitativi, giacché non si assume nessun parametro economico di riferimento, neppure con riguardo a quanto eventualmente già versato come corrispettivo al somministratore in forza degli obblighi derivanti dal contratto di somministrazione;
- sia in termini temporali, non essendo previsto un limite di tempo predeterminato entro cui i lavoratori possano agire nei confronti dell'utilizzatore per soddisfare i propri crediti.

D'altra parte la norma espressamente salvaguarda il **diritto di rivalsa dell'utilizzatore obbligato solido verso il somministratore**.

Effetto naturale dell'obbligazione solidale, in effetti, consiste nel pagamento diretto ai lavoratori, in caso di inadempimento del somministratore, del trattamento economico spettante, oltre che al versamento dei contributi previdenziali dovuti, fatto comunque salvo il diritto di rivalsa nei confronti del somministratore, come appunto espressamente sancito dalla norma.

Percorsi

Qui il legislatore ha inteso stigmatizzare puntualmente l'apparato regolativo in tema di obbligazione solidale fra somministratore e utilizzatore, sebbene la norma non deponga affatto per una necessaria preventiva esazione da parte dei lavoratori e degli enti previdenziali nei confronti dell'Agenzia di somministrazione, in quanto l'**obbligazione solidale è prevista in modo secco** e senza alcun riferimento ad un manifestato inadempimento da parte del somministratore, con una chiara favorevolezza per il lavoratore somministrato.

Tutele e obblighi in materia di sicurezza

L'art. 35, comma 4, primo periodo, D.Lgs. n. 81/2015 stabilisce che nell'ambito dei contratti di somministrazione di lavoro, spetta **in via principale al somministratore** (vale a dire all'Agenzia di somministrazione quale datore di lavoro) **informare i lavoratori somministrati sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive, nonché fornire loro la formazione e l'addestramento** necessari all'uso delle attrezzature di lavoro che servono allo svolgimento dell'attività lavorativa per la quale essi sono assunti. Le attività di informazione, formazione e addestramento dovranno essere svolte, peraltro, in conformità con le specifiche misure disposte dal D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (del quale l'art. 55, comma 1, lett. e), D.Lgs. n. 81/2015 abroga l'art. 3, comma 5, che si occupava nel quadro normativo in vigore fino al 24 giugno 2015 delle tutele di sicurezza sul lavoro dei lavoratori in somministrazione).

D'altra parte l'art. 35, comma 4, secondo periodo, D.Lgs. n. 81/2015, stabilisce che il **contratto di somministrazione di lavoro può prevedere che gli obblighi di informazione, formazione e addestramento siano adempiuti direttamente dall'utilizzatore**, mediante esplicita previsione contenuta all'interno del contratto scritto fra utilizzatore e somministratore.

Da ultimo, l'art. 35, comma 4, ultimo periodo, D.Lgs. n. 81/2015, conferma la previsione già propria del quadro regolatorio previgente in virtù della quale cade sull'utilizzatore l'obbligo di osservare nei confronti dei lavoratori somministrati che operano presso la propria azienda gli obblighi di prevenzione e protezione ai quali è tenuto

(in base alle norme di legge e di contratto collettivo) nei confronti dei propri dipendenti diretti. Più specificamente, l'art. 37, comma 4, lett. a) D.Lgs. n. 81/2008 ha sancito che *“la formazione e, ove previsto, l'addestramento specifico devono avvenire in occasione (...) dell'inizio dell'utilizzazione qualora si tratti di somministrazione di lavoro”*.

Distribuzione dei poteri datoriali

Il **potere direttivo** e quello **organizzativo** sono posti direttamente **in capo all'utilizzatore**, mentre il **potere disciplinare spetta** esclusivamente al **somministratore**, ai sensi dell'art. 35, comma 6, D.Lgs. n. 81/2015, in perfetta adesione allo schema giuridico del rapporto tripartito o trilaterale che vede la titolarità giuridica del rapporto di lavoro subordinato incentrata sull'agenzia di somministrazione, mentre lo svolgimento e l'utilizzazione effettiva della prestazione lavorativa avvengono nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore.

La disposizione citata, in effetti, stabilisce che ai fini dell'esercizio del potere disciplinare (riservato appunto in via esclusiva al somministratore quale datore di lavoro), l'utilizzatore deve comunicare all'Agenzia di somministrazione gli elementi che successivamente formeranno oggetto della contestazione disciplinare (art. 7, legge n. 300/1970).

Peraltro, va segnalato, che l'Agenzia di somministrazione seguita a gestire totalmente e senza deleghe, né deroghe, il potere direttivo nelle fasi che precedono l'assegnazione al singolo utilizzatore e nelle fasi successive, nonché, durante lo svolgimento della somministrazione, residua in capo al somministratore il potere direttivo e organizzativo consistente nel distrarre il lavoratore somministrato da una somministrazione in essere, per destinarlo ad altro e diverso incarico.

Assegnazione del lavoratore a mansioni differenti

Lo **ius variandi è esercitato di fatto dall'utilizzatore**, quale espressione caratteristica e naturale del potere direttivo nei confronti del lavoratore somministrato.

Se le mansioni cui il **lavoratore viene assegnato sono superiori** a quelle contrattualmente previste, l'art. 35, comma 5, D.Lgs. n. 81/2015 stabi-

sce che *l'utilizzatore deve tempestivamente informare per iscritto il somministratore* di tale evenienza: in mancanza della immediata comunicazione scritta si ha una responsabilità esclusiva dell'utilizzatore per le differenze retributive dovute al lavoratore somministrato.

Nel caso in cui, analogamente, *le mansioni svolte concretamente dal lavoratore somministrato risultino inferiori* a quelle dedotte nel contratto di somministrazione, se l'utilizzatore non informa immediatamente il somministratore è tenuto personalmente ed in via esclusiva al risarcimento economico del danno patito dal lavoratore.

La norma, inoltre, stabilisce che una *copia della comunicazione immediata* effettuata dall'utilizzatore al somministratore deve essere consegnata al lavoratore somministrato interessato dalla differente assegnazione di mansioni.

Peraltro, si tenga presente, che nell'uno e nell'altro caso i diritti patrimoniali del lavoratore sono comunque fatti salvi dal vincolo di solidarietà nell'obbligazione che lega fra loro, subordinatamente l'uno all'altro, il somministratore e l'utilizzatore, fino alla piena soddisfazione del credito del lavoratore somministrato.

Trattamento economico e normativo del lavoratore

Il lavoratore somministrato, dipendente dell'Agenzia di somministrazione, per effetto dell'art. 35, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015, "*per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore*", ha diritto, "*a parità di mansioni svolte*", a "*condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore*".

Peraltro il riferimento normativo sembra includere, nell'osservazione delle condizioni economiche e normative da assumere quale parametro, tutti gli elementi inclusi nel trattamento economico, normativo e occupazionale previsto da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, da Contratti collettivi o da altre disposizioni vincolanti di portata generale *in vigore presso un utilizzatore*, comprese quelle relative a: orario di lavoro, lavoro straordinario, pause, riposi, lavoro notturno, ferie e giorni festivi; retribuzione; protezione delle donne in stato di gravidanza e in allattamento; protezione di bambini e giovani; parità di trattamento fra uomo e donna e altre di-

sposizioni in materia di non discriminazione. In certo qual modo, quindi, il lavoro somministrato ha un costo, in termini economico-finanziari, almeno pari al lavoro subordinato diretto.

Inoltre l'art. 35, comma 3, D.Lgs. n. 81/2015 aggiunge che ai lavoratori "*somministrati*" spettano, nelle modalità e secondo i criteri fissati dalla contrattazione collettiva applicata all'utilizzatore (nazionale, territoriale o aziendale), anche le *erogazioni economiche correlate ai risultati di produzione* o comunque connessi a programmi concordati tra le parti da realizzare oppure collegati all'andamento economico dell'impresa, nonché il diritto a fruire dei servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla stessa unità produttiva, salvo quelli legati alla adesione ad associazioni o società cooperative ovvero connessi alla maturazione di una determinata anzianità di servizio.

Diritti sindacali

A norma dell'art. 36, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015 i lavoratori somministrati hanno diritto ad esercitare presso l'utilizzatore, per tutta la durata della missione, i diritti di libertà e di attività sindacale, nonché a partecipare alle assemblee del personale dipendente diretto dell'utilizzatore stesso.

Adempimento degli obblighi previdenziali e assicurativi

Tanto per i *contributi previdenziali* quanto per i *premi assicurativi* dovuti permane la *responsabilità solidale anche dell'utilizzatore*, regola generale della somministrazione di lavoro. Fin dalla stipulazione del contratto di somministrazione il legislatore esige che le due parti contraenti, l'utilizzatore e il somministratore, si rendano reciprocamente consapevoli dell'obbligo di solidarietà che incombe su entrambi rispetto alla tutela dei diritti retributivi e, di riflesso, contributivi e assicurativi dei lavoratori somministrati. Così, infatti, l'art. 35, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015 stabilisce espressamente che l'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore nel versamento dei relativi contributi previdenziali (salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore). Inoltre l'art. 33, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015 disciplina *l'obbligo per l'utilizzatore di rimborsare tutto quanto corrisposto dal somministratore agli En-*

Percorsi

ti per gli adempimenti riguardanti gli oneri previdenziali effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro.

Comunicazione al lavoratore somministrato

L'art. 33, comma 3, D.Lgs. n. 81/2015 stabilisce che il *somministratore deve informare il lavoratore somministrato*, per iscritto, *all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio in missione* presso l'utilizzatore circa: gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore; il numero dei lavoratori somministrati; l'indicazione dei rischi per la salute e la sicurezza e le misure di prevenzione adottate; la data di inizio e la durata prevista della somministrazione; le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e l'inquadramento dei medesimi; il luogo, l'orario di lavoro e il trattamento economico e normativo dei lavoratori; oltre alla data di inizio e alla durata prevedibile della missione cui la comunicazione si riferisce.

Comunicazioni informative sindacali

Fra gli obblighi informativi e documentali rileva la comunicazione che ai sensi dell'art. 36, comma 3, D.Lgs. n. 81/2015 l'utilizzatore deve effettuare ogni 12 mesi alla Rsu o alla Rsa o, in mancanza, alle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale in merito al numero dei contratti di somministrazione di lavoro conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati. L'utilizzatore può adempiere all'obbligo di comunicazione anche per il tramite della associazione dei datori di lavoro alla quale aderisce oppure conferisce mandato.

Computo dei lavoratori somministrati

L'art. 34, comma 3, D.Lgs. n. 81/2015 stabilisce che i lavoratori somministrati *non vengono computati nell'organico aziendale* dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione della generalità degli istituti di legge o di contratto collettivo, *fanno eccezione, però, le norme in materia di igiene e sicurezza del lavoro*. Ma se la somministrazione

interessa *lavoratori disabili* per missioni di durata pari o superiore a 12 mesi, essi vanno computati nella quota di riserva di cui all'art. 3, legge n. 68/1999.

Cessazione del rapporto di lavoro

Anche alle ipotesi di conversione del rapporto di lavoro all'esito della contestazione giudiziale della cessazione di un rapporto di somministrazione di lavoro risultato irregolare l'art. 32, legge n. 183/2010 ha esteso il regime di impugnazione dei licenziamenti di cui all'art. 6, legge n. 604/1966, fra le ipotesi nelle quali *il lavoratore domanda la costituzione del rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare del contratto*. In questo senso ora dispone espressamente l'art. 40, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015, con riferimento alla fattispecie della somministrazione irregolare disciplinata dall'art. 38, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015. Ne consegue che il lavoratore somministrato deve impugnare la cessazione del rapporto in utilizzazione, a pena di decadenza, entro i 60 giorni successivi alla data in cui ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore, procedendo, a pena di inefficacia, a depositare il ricorso entro i successivi 180 giorni.

In conseguenza della *conversione del rapporto di lavoro, alle dirette dipendenze dell'utilizzatore*, secondo l'art. 40, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015, il giudice condanna l'utilizzatore al *risarcimento del danno* in favore del lavoratore, con una indennità onnicomprensiva stabilita nella misura compresa tra un *minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto*, avendo riguardo ai criteri indicati nell'art. 8, legge n. 604/1966. L'indennità onnicomprensiva ristora interamente il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese, quindi, le conseguenze di natura retributiva e quelle di tipo contributivo, relativamente a tutto il periodo compreso tra la data in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività lavorativa presso l'utilizzatore e la data della pronuncia giudiziale che ha ordinato la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore.