

3. Forma e contenuto del contratto di somministrazione

1

Il contratto di somministrazione, stipulato in forma scritta, deve contenere una serie di elementi tra cui gli estremi dell'autorizzazione dell'agenzia, il numero dei lavoratori somministrati e relative mansioni ed inquadramento, luogo, orario e trattamento economico-normativo delle prestazioni lavorative, le ragioni giustificatrici del ricorso alla somministrazione, ai sensi dell'art. 20, comma 3, che devono essere specificatamente e non genericamente individuate, gli eventuali rischi per la sicurezza dei lavoratori e le relative misure di prevenzione, la data di inizio e la durata prevista, ecc. (art. 21, d.lgs. n. 276/2003). Con le eccezioni espressamente previste dalla legge e dalla contrattazione collettiva in tema di a-causalità e tenendo conto della delicatezza del coordinamento tra le diverse disposizioni intervenute in materia, come sopra riferito, particolare attenzione va dedicata alla specificazione delle ragioni del ricorso alla somministrazione, la cui genericità o mancanza di specificazione - che dovrà essere valutata poi dal giudice del lavoro in caso di eventuale contestazione - può comportare la illiceità del contratto di somministrazione. Devono essere indicati anche gli **impegni delle parti**: l'obbligo dell'utilizzatore di comunicare al somministratore il trattamento retributivo dei lavoratori comparabili; obbligo del somministratore di corrispondere ai lavoratori tale trattamento economico e versare i contributi previdenziali; obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore i costi retributivi e previdenziali effettivamente sostenuti per i lavoratori somministrati e, in caso di inadempimento del somministratore, di provvedere direttamente al pagamento delle retribuzioni e al versamento dei contributi, salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore; il compenso dovuto dall'utilizzatore al somministratore. Ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 276/2003, in mancanza di forma scritta, il contratto di somministrazione è **nullo** e il lavoratore è considerato alle **dipendenze dell'utilizzatore**. In aggiunta a ciò sia il difetto della forma scritta sia la violazione degli obblighi e divieti di cui agli artt. 20, commi 3, 4, 5 e 21, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 276/2003 sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da 250 a 1250 euro (art. 18, comma 3, d.lgs. n. 276/2003). È nulla ogni clausola diretta a limitare l'assunzione del lavoratore da parte dell'utilizzatore al termine del contratto di somministrazione, salvo l'ipotesi che al lavoratore venga corrisposta un'indennità adeguata, in base alle indicazioni previste dalla contrattazione collettiva (art. 23, commi 8 e 9, d.lgs. n. 276/2003). Secondo quanto previsto per effetto delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 24/2012, resta salva la facoltà per il somministratore e l'utilizzatore di pattuire un compenso ragionevole per i servizi resi a quest'ultimo in relazione alla missione, all'impiego e alla

formazione del lavoratore per il caso in cui, al termine della missione, l'utilizzatore assuma il lavoratore. Inoltre, i lavoratori dipendenti dal somministratore sono informati dall'utilizzatore dei posti vacanti presso quest'ultimo, affinché possano aspirare, al pari dei dipendenti del medesimo utilizzatore, a ricoprire posti di lavoro a tempo indeterminato. Tali informazioni possono essere fornite mediante un avviso generale opportunamente affisso all'interno dei locali dell'utilizzatore presso il quale e sotto il cui controllo detti lavoratori prestano la loro opera (art. 23, commi 9 *bis* e 7 *bis*, d.lgs. n. 276/2003). Tutte le indicazioni e gli impegni indicati per iscritto nel contratto di somministrazione devono essere conformi alle eventuali previsioni in materia dei contratti collettivi. In occasione dell'instaurazione, della proroga, della trasformazione e della cessazione dei rapporti di lavoro somministrato le Agenzie di somministrazione devono inviare per via telematica la relativa **comunicazione ai Servizi per l'impiego** nel cui ambito territoriale è ubicata la sede operativa tramite l'apposito modulo "Unificato Somm". Questa comunicazione deve essere effettuata entro il ventesimo giorno del mese successivo ed è valida anche ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di effettuare la DNA (denuncia nominativa degli assicurati) all'Inail.

4. Il contratto di assunzione

- 1 Per il contratto di lavoro subordinato tra l'agenzia di somministrazione e il lavoratore non è prescritta una forma particolare. Tuttavia, se il lavoratore è assunto a termine la forma scritta è imposta dalla disciplina del lavoro a termine, espressamente richiamata dal decreto legislativo e applicabile al rapporto tra somministratore e lavoratore. Il contratto di assunzione deve contenere gli elementi contenuti nel contratto di somministrazione concluso tra l'Agenzia per il lavoro e l'Utilizzatore oltre alla data di inizio e alla durata prevedibile dell'attività lavorativa che sarà svolta presso l'Utilizzatore. In proposito si evidenzia che la legge non prevede che vi sia coincidenza tra la durata del contratto di assunzione e quella del contratto di somministrazione, di conseguenza al primo può essere apposto un termine differente rispetto a quello previsto nel secondo. Si segnala che, di recente, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 214 del 14.7.2009 (v. capitolo sul contratto a termine, I-1.2, I-4.1 e III-2.3) ha statuito la necessità che nel contratto a termine stipulato per la sostituzione di lavoratori debba essere indicato sia il nominativo del lavoratore sostituito sia i motivi della sostituzione stessa. In via cautelativa, pertanto, laddove si ritenesse applicabile la normativa in tema di contratto a termine anche alla somministrazione di lavoro - e ciò in forza del richiamo fissato alla disciplina del contratto a termine effettuato dall'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 - è consigliabile mantenere in via prudenziale nel contratto di assunzione in somministrazione la specificazione dei suddetti elementi.

La legge riconosce all'Agenzia per il lavoro la possibilità di assumere un lavoratore a tempo determinato o a tempo indeterminato. In questo secondo caso, il somministratore deve corrispondere al lavoratore, nei periodi in cui questi rimane in attesa di assegnazione, **una indennità di disponibilità**. La misura dell'indennità deve essere indicata nel contratto di assunzione in conformità alla previsione del contratto collettivo applicabile dal somministratore e, comunque, non inferiore a quella fissata da un apposito decreto del Ministro del lavoro. La misura dell'indennità è proporzionalmente ridotta in caso di assegnazione a tempo parziale, che il lavoratore non può rifiutare, al pari di una utilizzazione diretta da parte del somministratore e di qualsiasi avviamento anche a termine, purché corrispondente alla qualifica di assunzione. L'indennità di disponibilità è espressamente **esclusa dalla base di calcolo di ogni istituto di fonte legale e collettiva**. Nella somministrazione non si applica la disciplina delle assunzioni obbligatorie e la riserva di posti per i lavoratori a rischio di esclusione sociale. 2

5. Il trattamento economico e la responsabilità solidale

Il somministratore, nella sua qualità di datore di lavoro, è tenuto a corrispondere al lavoratore inviato in missione la **retribuzione** e a versare i **contributi previdenziali** (art. 21, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 276/2003). Il lavoratore ha diritto a un trattamento economico complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore e a parità di mansioni svolte (art. 22, comma 3, d.lgs. n. 276/2003). La parità di trattamento si estende alle retribuzioni di risultato o collegate all'andamento dell'impresa, nonché alla fruizione dei servizi sociali ed assistenziali con alcune eccezioni. Sebbene il d.lgs. n. 276/2003 già prevedesse il principio di parità di trattamento tra i lavoratori somministrati ed i lavoratori di pari livello dell'utilizzatore (art. 23, comma 1), tuttavia il legislatore del 2012 recependo la Direttiva ha ulteriormente specificato ed in qualche misura ampliato tale concetto. Infatti, l'art. 7 del decreto ha sostituito il comma 1 dell'art. 23 prevedendo che, ferma restando l'integrale applicabilità delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008, i lavoratori dipendenti del somministratore abbiano diritto "a condizioni di base e d'occupazione complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte". Il legislatore si preoccupa di definire all'art. 2 del decreto che cosa si intenda per condizioni di base e di lavoro, specificando che si tratta del trattamento economico, normativo e occupazionale previsto da disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative, da contratti collettivi o da altre disposizioni vincolanti di portata generale in vigore presso l'utilizzatore. Non solo: viene poi ulteriormente chiarito che rientrano appieno in tali concetti tutto ciò che attiene all'orario di lavoro, le 1

ore di lavoro straordinario, le pause, i periodi di riposo, il lavoro notturno, le ferie ed i giorni festivi, la retribuzione, la protezione delle donne in stato di gravidanza e in periodo di allattamento, nonché la protezione di bambini e di giovani; la parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione. Viene quindi notevolmente rinsaldato il principio di parità di trattamento, chiarendo che non deve essere limitato al trattamento economico corrisposto ai lavoratori somministrati, ma a tutto ciò che generalmente costituisce le “condizioni di lavoro”. La deroga alla parità di trattamento contemplata dall’art. 13, d.lgs. n. 276/2003, che riconosceva alle Agenzie di somministrazione la possibilità di fornire alle imprese lavoratori svantaggiati con un costo del lavoro più basso a quello ordinario, mediante appositi piani individuali, alla formazione, inserimento e riqualificazione di lavoratori svantaggiati assunti dal somministratore per almeno sei mesi è stata eliminata dalla legge di riforma del Mercato del Lavoro n. 92/2012, che ha previsto l’estensione del principio di parità di trattamento con i dipendenti dell’utilizzatore anche ai lavoratori svantaggiati. Il somministratore può anche detrarre dalla retribuzione dovuta quanto percepito dal lavoratore a titolo di indennità di mobilità o di disoccupazione, a condizione che il contratto duri almeno nove mesi (art. 13, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 276/2003). L’utilizzatore è, invece, tenuto a fornire al somministratore le necessarie comunicazioni (art. 21, comma 1, lett. j), d.lgs. n. 276/2003). In caso di assegnazione a mansioni superiori o inferiori rispetto a quelle dedotte nel contratto senza la dovuta comunicazione scritta al somministratore, l’utilizzatore risponde direttamente e in via esclusiva per le differenze retributive e per l’eventuale risarcimento del danno. L’utilizzatore è **obbligato in solido** con il somministratore al pagamento delle retribuzioni spettanti ai lavoratori somministrati e al versamento dei relativi contributi previdenziali (art. 23, comma 3, d.lgs. n. 276/2003). Tuttavia, il creditore, lavoratore o ente previdenziale, può rivolgersi all’utilizzatore solo in caso di inadempimento del somministratore (art. 21, comma 1, lett. k), d.lgs. n. 276/2003). L’utilizzatore ha comunque **diritto di rivalsa** nei confronti del somministratore (art. 21, comma 1, lett. k), d.lgs. n. 276/2003). La **responsabilità nei confronti di terzi per i danni** causati dal lavoratore somministrato nell’esercizio delle sue mansioni è a carico dell’utilizzatore.

6. Il Computo dei lavoratori

- 1 I lavoratori somministrati in quanto dipendenti del somministratore, loro datore di lavoro formale, **non vengono computati** nell’organico dell’utilizzatore salvo che con riferimento alla applicazione della normativa in tema di igiene e sicurezza (art. 22, comma 5, d.lgs. n. 276/2003).

7. Sicurezza sul lavoro

Il somministratore è tenuto ad **informare il lavoratore sui rischi per la sicurezza e la salute** connessi all'attività lavorativa in generale, nonché a formare e addestrare i lavoratori all'uso delle attrezzature necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa che debbono svolgere. Le parti, tuttavia, sono libere di trasferire tali obblighi in capo all'utilizzatore mediante previsione espressa sia nel contratto di somministrazione, sia nel contratto di assunzione. L'utilizzatore è inoltre tenuto a informare il lavoratore nel caso in cui le mansioni che il lavoratore è chiamato a svolgere richiedano una sorveglianza medica speciale; lo stesso utilizzatore è tenuto all'osservanza nei confronti del lavoratore somministrato di tutti gli obblighi di protezione previsti per i propri dipendenti ed è responsabile per la violazione degli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

1

8. Il potere direttivo e disciplinare

Il potere disciplinare è esercitato dal somministratore sulla base della comunicazione degli elementi che formano oggetto della contestazione disciplinare da parte dell'utilizzatore. Spetterà sempre al somministratore la valutazione del comportamento del lavoratore e l'irrogazione della relativa sanzione. Il rifiuto ingiustificato del somministratore di esercitare tale potere costituisce inadempimento del contratto di somministrazione, legittimando l'utilizzatore all'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) o alla richiesta di risoluzione del contratto se l'inadempimento non è di scarsa importanza (art. 1453 c.c.).

1

9. Clausole limitative della facoltà di assunzione

L'art. 23, comma 8, d.lgs. n. 276/2003, stabilisce in caso di somministrazione di lavoro a tempo determinato la **nullità della clausola** diretta a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine del contratto di somministrazione. La disposizione legale non definisce il contenuto delle clausole vietate, ma trova applicazione relativamente ad ogni forma di limitazione della possibilità del lavoratore di essere assunto dall'utilizzatore al termine della somministrazione, a prescindere dalla modalità con la quale tale obiettivo è perseguito.

1

Come già accennato sopra, si segnala che l'art. 7 del decreto di recepimento della direttiva (d.lgs. n. 24/2012) ha previsto, mediante inserimento del comma *7 bis* nell'art. 23 del d.lgs. n. 276/2003 un **obbligo di informativa** ai

2

lavoratori in somministrazione dei posti vacanti presso l'utilizzatore, attraverso un "(...) "avviso generale opportunamente affisso all'interno dei locali dell'utilizzatore".

10. Oneri contributivi, previdenziali, assicurativi e assistenziali

- 1 L'Agenzia per il lavoro è tenuta al versamento degli oneri contributivi, previdenziali ed assistenziali previsti per legge (art. 25, d.lgs. n. 276/2003), salvo poi il rimborso degli stessi da parte dell'utilizzatore (art. 21, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 276/2003). In caso di inadempimento della suddetta obbligazione da parte del somministratore sorge un'obbligazione solidale dell'utilizzatore a garanzia dei crediti del lavoratore e dell'ente previdenziale. Con riferimento al **regime dei premi assicurativi** l'Inail ha avuto modo di chiarire che: a) tutti gli obblighi assicurativi sono in capo al somministratore salva la solidarietà dell'utilizzatore in caso di mancato pagamento dei premi; b) la classificazione dell'attività dei lavoratori somministrati è effettuata secondo l'attività effettivamente svolta presso l'utilizzatore; c) il premio è calcolato sull'insieme delle retribuzioni corrisposte, compresa l'indennità di disponibilità; d) l'indennità di disponibilità è invece esclusa dalla base retributiva per il calcolo della prestazione assicurativa dovuta dall'Inail; e) in caso di corresponsione del trattamento economico di disponibilità ai fini del calcolo dell'indennità, per i periodi di mancata prestazione l'Istituto applicherà le regole di integrazione della retribuzione previste dall'art. 116, t.u. n. 1124/1965, che prevede l'applicazione della retribuzione media giornaliera percepita nei periodi di effettiva prestazione; f) l'Istituto potrà esperire l'azione di regresso ex artt. 10 e 11, t.u. n. 1124/1965 anche nei confronti dell'utilizzatore (circ. Inail n. 21 del 12.4.2006). In caso di contratto di lavoro a tempo indeterminato negli intervalli tra una missione e l'altra i contributi sono calcolati sull'indennità di disponibilità dovuta al lavoratore, anche in deroga alla vigente normativa sul minimale contributivo. A tutti i rapporti di lavoro a tempo determinato, anche in somministrazione si applica un contributo addizionale a carico del datore di lavoro pari al 1,4% (art. 2, comma 28, legge n. 92/2012, come modificato dall'art. 1, comma 135, legge 27.12.2013, n. 147). Sono escluse da tale contributo aggiuntivo le assunzioni a termine, anche in somministrazione, in sostituzione di lavoratori assenti, per attività stagionale e di apprendisti (alla luce delle novità introdotte con il d.l. n. 34/2014 e al fine di garantire il mantenimento dell'esclusione dal contributo è consigliabile tenere traccia, nella documentazione aziendale, della ragione di tipo sostitutivo alla base del contratto). Ai sensi dell'art. 12, d.lgs. n. 276/2003, le Agenzie di somministrazione versano al fondo bilaterale per la formazione e l'integrazione del reddito - costituito dalle parti stipulanti il Ccnl imprese di somministrazione

- un contributo del 4% della retribuzione corrisposta ai lavoratori (art. 12, comma 1, d.lgs. n. 276/2003 - la possibilità di riduzione del contributo, prevista dall'art. 2, comma 39, legge n. 92/2014 è stata abrogata dalla Legge di stabilità 2014 - legge n. 147/2013). La somministrazione di manodopera è effettuabile lecitamente soltanto da parte di soggetti a ciò autorizzati dall'autorità amministrativa competente e alle condizioni previste dalla legge. Diversamente troverà applicazione l'apparato sanzionatorio previsto dagli artt. 18 e 27, d.lgs. n. 276/2003, che prevede un sistema graduale di fattispecie sanzionatorie partendo dalla meno grave somministrazione irregolare (art. 27, d.lgs. n. 276/2003), passando per la somministrazione abusiva (art. 18), fino ad arrivare alla più grave somministrazione fraudolenta (art. 28, d.lgs. n. 276/2003). Ciascuna di queste tre fattispecie ha presupposti autonomi e dà luogo a sanzioni di natura ed entità diversa, senza escludere, pertanto, una loro applicazione concorrente.

11. La somministrazione irregolare

Nel caso in cui la somministrazione sia posta in essere violando i requisiti di legittimità di cui all'art. 20 o la forma e il contenuto di cui all'art. 21, comma 1, lett. a), b), c) ed e), d.lgs. n. 276/2003, si ricade nella ipotesi di somministrazione irregolare. Nella somministrazione irregolare a termine il rapporto di lavoro che si costituisce con l'utilizzatore è anch'esso a termine se ne sussistono tutti i requisiti formali e sostanziali, altrimenti è a tempo indeterminato. In tal caso il lavoratore ha il diritto di **adire il giudice del lavoro** al fine di ottenere la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione. L'art. 27 specifica che il ricorso introduttivo del giudizio possa essere notificato "anche soltanto" all'utilizzatore; da ciò, seguendo l'orientamento giurisprudenziale formatosi rispetto alla legge n. 1369/1960 in tema di intermediazione illecita di manodopera (C SU n. 14897/2002), il **somministratore non è litisconsorte necessario** nella causa tra lavoratore e utilizzatore. Il controllo giudiziale sulle ragioni addotte per il ricorso alla somministrazione è limitato ad un accertamento di legittimità, riguardante la sussistenza delle ragioni giustificatrici, e non è esteso al merito delle scelte e delle valutazioni imprenditoriali di ordine tecnico, organizzativo e produttivo.

12. Somministrazione abusiva e utilizzazione illecita

La somministrazione svolta senza autorizzazione dall'autorità amministrativa competente costituisce esercizio abusivo dell'attività di somministrazione ed è punita con l'ammenda (art. 18, comma 1, d.lgs. n. 276/2003). L'art. 18, comma

2, novellato dal d.lgs. n. 251/2004, prevede una fattispecie penale consistente nel reato di utilizzazione illecita, commesso dal soggetto che utilizza manodopera fornita da somministratori non autorizzati. Altre fattispecie penali sono quelle relative a chiunque esiga o riceva compensi da parte di lavoratori somministrati (art. 18, comma 4, d.lgs. n. 276/2003) ovvero al somministratore che effettui indagini vietate (art. 18, comma 5, d.lgs. n. 276/2003). Sono, infine, previste sanzioni amministrative pecuniarie: per somministratore e utilizzatore in caso di somministrazione priva dei prescritti requisiti formali e sostanziali (art. 18, comma 3, d.lgs. n. 276/2003); per il solo somministratore che non comunichi per iscritto al lavoratore le informazioni relative al contratto (previste dall'art. 21, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore (art. 18, comma 3, d.lgs. n. 276/2003); per gli editori, i direttori responsabili e i gestori di siti che pubblicino annunci relativi ad attività di somministrazione senza indicare gli estremi dell'autorizzazione o accreditamento (art. 19, comma 1, d.lgs. n. 276/2003).

13. Somministrazione fraudolenta

- 1 L'art. 28 del d.lgs. n. 276/2003 disciplina la somministrazione fraudolenta, ipotesi che si configura quando, pur essendo la somministrazione posta nel rispetto della forma e dei contenuti previsti dalla legge, è caratterizzata dalla specifica **finalità di eludere norme inderogabili di legge o del contratto collettivo** applicato al lavoratore. Viene così sanzionata una condotta caratterizzata da dolo specifico - contraddistinto dalla preventiva rappresentazione e volizione della condotta vietata - finalizzato all'utilizzazione illecita della somministrazione. Tale fattispecie è punita oltre che con le sanzioni di cui all'art. 18, d.lgs. n. 276/2003, anche, in capo sia al somministratore che all'utilizzatore, con l'ammenda di euro 20 per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione. È altresì indubbio che la causa di tale negozio sia assolutamente illecita e che da un punto di vista civilistico vi sia un contratto posto in essere in violazione di norme inderogabili poste a tutela del lavoratore, con la conseguente sanzione della nullità del contratto di somministrazione e di quello di lavoro tra somministratore e lavoratore, con costituzione del rapporto direttamente in capo all'utilizzatore. È, inoltre, previsto l'arresto non superiore a un anno e l'ammenda da euro 2.500,00 a euro 6.000,00, oltre alla cancellazione dall'albo, per il somministratore che richieda compensi al lavoratore per avviarlo a prestazioni di lavoro somministrato. Altre sanzioni penali sono previste per l'agenzia che violi il divieto di effettuare indagini o comunque il trattamento di dati ovvero di preselezione dei lavoratori, anche con il loro consenso, in base alle convinzioni personali, alla affiliazione sindacale o politica,