

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 09/05/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35025-esternalizzazioni-tra-la-somministrazione-di-lavoro-e-l-appalto-di-manodopera-configurazione-giuridica-indicatori-e-violazioni>

Autore: Sebastiani Simona

Esternalizzazioni: tra la somministrazione di lavoro e l'appalto di manodopera. Configurazione giuridica, indicatori e violazioni

Esternalizzazioni: tra la somministrazione di lavoro e l' appalto di manodopera. Configurazione giuridica, indicatori e violazioni.

Premessa.

Preliminarmente, giova fare un breve *excursus* sul concetto di "interposizione di manodopera" che comprende tutte quelle situazioni in cui un datore di lavoro al posto di assumere direttamente la forza lavoro di cui abbisogna, si rivolge ad un terzo soggetto che gliela fornisce. Questa relazione trilatera si caratterizza giuridicamente per l'esistenza di due distinti rapporti:

lavoratore/interposto

utilizzatore/interposto

Queste, in definitiva, sono pratiche atte a " *dislocare al di fuori dell'azienda fasi più o meno rilevanti del ciclo produttivo di una impresa, che vengono affidate ad altre imprese, di dimensioni normalmente minori, o anche a singoli prestatori di lavoro, come nel caso del lavoro a domicilio*" (cfr. art. 176 D.Lgs. 276/03).

Tale configurazione, per lungo tempo disciplinata e generalmente vietata, dalla L. 1369/1960, è oggi puntualmente disciplinata dalla L.30/2003 (legge Biagi), che prevede e determina i criteri direttivi e distintivi, per la corretta adozione di ogni previsione, tutela e sanzione relativi ed attinenti a tutte le tipologie di rapporti interpositori.

Anche la recente riforma del mercato del lavoro apportata con la L.12/2012, contiene una serie di disposizioni e trasformazioni che vanno ad incidere anche sulle predette situazioni. Difatti, la cosiddetta "Riforma Fornero" cerca, con risultati che ancora non sono palesemente determinati e sui quali ancora vi sono accesi dibattiti, di restringere l'uso di tutti gli strumenti contrattuali della flessibilità, quindi anche dei contratti che possono essere ricollegati alle esternalizzazioni aziendali, a vantaggio di una rivalutazione (sulla carta, almeno) del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Ad ogni buon conto, a tutt'oggi le imprese seguitano a ricercare nella flessibilità, soprattutto conseguentemente al protrarsi del periodo di crisi che attanaglia il nostro Paese, le risposte alle sfide del mercato di riferimento e pertanto trovano nei contratti di somministrazione e/o in quelli di appalto di manodopera validi sostegni per la continuità aziendale.

Somministrazione di lavoro.

La figura giuridica della somministrazione di lavoro, ovvero della fornitura da parte di un soggetto abilitato di manodopera, è stata dettagliatamente disciplinata con il D.lgs 276/2003, che ha dato attuazione ai principi e criteri direttivi contenuti nella L. 30/2003 (Legge Biagi) che prevedono e rendono lecito il ricorso da parte di quelle imprese così dette “utilizzatrici” della forza lavoro fornita da altre imprese così dette “fornitrici”.

Le società di somministrazione, devono essere previamente autorizzate dal Ministero del Lavoro (art. 4 e 6 D.lgs 276/2003) e debbono rivestire la forma giuridica di società di capitali, di società cooperativa o infine di consorzio di cooperative. Possono essere sia italiane, sia appartenere a qualsiasi altro Stato membro dell’Unione Europea e devono essere dotate di uffici idonei per l’espletamento del servizio, così come deve essere garantita una loro distribuzione sul territorio nazionale che ne preveda la presenza almeno su quattro Regioni. Sono previsti e richiesti, infine, specifici requisiti professionali anche in capo ai loro rappresentanti legali.

Le Società di somministrazione “generaliste” ovvero quelle che prevedono lo svolgimento di tutte le varie tipologie di somministrazione sia a tempo determinato, sia indeterminato (per le attività espressamente consentite, cfr. art 20, comma 3, D.lgs. 276/2003) devono aver versato un capitale sociale non inferiore a 600.000,00 € (che scende a 350.000,00 per le Società che intendono richiedere una somministrazione “specialista”, ovvero che intendono esercitare una o più tipologie di somministrazione a tempo indeterminato. Nel caso di società costituite in forma di cooperativa, deve essere garantita la disponibilità di 600.000,00 € (350.000,00 € per le “specialiste”). Non solo, per i primi due anni di attività dovranno disporre presso qualsiasi istituto di credito di un deposito cauzionale di 350.000,00 € (che scende a 200.000,00 € per quelle “specialiste”). Dal terzo anno solare è richiesta al posto della cauzione, la disposizione di una fideiussione bancaria o assicurativa non inferiore al 5% del fatturato, al netto dell’imposta sul valore aggiunto, riferito all’anno precedente ed in ogni caso non inferiore a 350.000,00 € (200.000,00 € per quelle “specialiste”).

In primis, quindi, la lecità, della somministrazione di manodopera, risiede nelle precipe caratteristiche che le Società cosiddette “fornitrici” debbono possedere e nella specifica indicazione e determinazione delle fattispecie di contratti che possono somministrare.

Pertanto, si ha una somministrazione irregolare (art. 27 D.lgs 276/2003) quando il contratto è stipulato fuori dai casi espressamente previsti dalle legge e/o senza il rispetto dei requisiti formali richiesti. Ad esempio quando la somministrazione sia realizzata senza la necessaria autorizzazione (ipotesi sanzionata anche penalmente, art. 18 D.lgs 276/2003); per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero, in assenza di forma scritta; salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della L. 223/1991; che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione a meno che tale contratto sia stipulato per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti, ovverosia concluso ai sensi dell’ articolo 8, comma 2, della L 223/1991, ovvero, abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi; salva diversa disposizione degli accordi sindacali, il divieto opera altresì presso unità

produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione; da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del D.lgs 626/1994, e successive modifiche.

Si verte, invece, in ipotesi di somministrazione fraudolenta (art. 28 D.Lgs 276/2003), quando il negozio giuridico in questione è posto in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o del contratto collettivo applicato al lavoratore. In tali casi, quello che si cerca di fare è di elidere l'applicazione di determinate previsioni legislative e/o disposizioni contrattuali

Nei casi summenzionati, ovvero in presenza di una irregolarità e/o illicietà e illegittimità, il lavoratore può chiedere, tramite il ricorso al Giudice del Lavoro, la dichiarazione di costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto utilizzatore con decorrenza dall'inizio della somministrazione, notificando il ricorso anche soltanto a quest'ultimo.

Come già accennato, la cosiddetta "Riforma Fornero" ha apportato delle modifiche anche a tale configurazione giuridica, andando a ritoccare alcune previsioni. In *primis*, per quello che concerne la causale, la L. 92/2012 ha previsto la acausalità nell'ipotesi di primo contratto a tempo determinato non superiore a 12 mesi. Inoltre, vengono previsti specifiche fattispecie, quali avvio di una nuova attività, lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, cambiamento tecnologico importante, fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo, rinnovo o proroga di una commessa consistente, che, attraverso un accordo collettivo, possono far prevedere non operante il requisito della causalità a condizione che non si superi il limite complessivo del 6% del totale dei lavoratori occupati nella singola unità produttiva interessata (cfr. lett. H, art. 1 comma 9, L.92/2012).

Per la somministrazione a tempo determinato sono consentiti 36 mesi di flessibilità, con obbligo di assunzione a carico dell'agenzia a superamento della detta soglia, mentre in capo all'utilizzatore tale obbligo si verifica solo nel caso in cui si è perpetrata una "somministrazione irregolare" ai sensi dell'art. 27 D.lgs 276/2003. Al fine del computo dei detti 36 mesi si deve tenere conto di tutti i periodi nei quali il lavoratore ha svolto mansioni equivalenti in favore dello stesso utilizzatore.

Per quello che concerne l'utilizzo di apprendisti, la Riforma è intervenuta escludendo la possibilità di assumere apprendisti nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato. Pertanto, tale opportunità è rimasta solo nel caso di *staff leasing*.

Nel caso di somministrazione di lavoratori svantaggiati, la Riforma ha sancito definitivamente la soppressione della deroga al principio di parità di trattamento, non è possibile, quindi, erogare a tali categorie di lavoratori trattamenti retributivi inferiori rispetto a quelli dei pari livello alle dipendenze dell'utilizzatore.

Il nuovo ammortizzatore sociale, l' ASPI (assicurazione sociale per l'impiego), viene garantito attraverso un contributo addizionale a carico del datore di lavoro che assume a tempo determinato, pari all'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali. Questo incremento, viene comunque ad essere compensato con una corrispondente riduzione del contributo per la formazione e l'integrazione del reddito (art. 12 D.Lgs 276/2003), che vede la diminuisce dell'aliquota dal 4% al 2,6 % delle retribuzioni imponibili ai fini previdenziali.

Vengono inoltre previsti sgravi contributivi all'assunzione di alcune categorie di lavoratori, come gli anziani e le donne.

Appalto di manodopera

Diversa è la figura giuridica dell'appalto di manodopera, che trova un'ampia applicazione, rispondendo, forse, più agevolmente a quelle che sono le esigenze delle piccole e medie imprese. Ma, proprio questo coarcevo di situazioni, sono spesso il terreno fertile per il perpetrarsi di fenomeni di abuso e di illegalità. E', quindi, importante delimitare correttamente ed espressamente le differenze tra le due fattispecie, al fine di tutelare sia il mercato, sia i lavoratori.

L'appalto viene definito come *“il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”* (art. 1655 c.c.).

L'art. 29 del D.lgs 276/2003 definisce in modo netto gli elementi che contraddistinguono il contratto di appalto di manodopera dalla somministrazione di lavoro. Questi, possono riassumersi: **a)** nella organizzazione dei fattori produttivi in capo all'appaltatore, che non può esaurirsi nella selezione della manodopera da inviare presso l'azienda committente, ma deve manifestarsi concretamente con atti imprenditoriali che rimandano ad una vera organizzazione d'impresa che può estrinsecarsi anche in termini di sola forza lavorativa che sia però orientata alla realizzazione di un risultato specifico ed autonomo; **b)** nel potere organizzativo e direttivo della forza lavoro; **c)** ed infine, nel rischio di impresa, ovvero, nella concreta possibilità ` di non riuscire a coprire tutti i costi degli eventuali macchinari, materiali e della manodopera impiegata nell'esecuzione del contratto di appalto in relazione al corrispettivo pattuito, o anche nella possibilità di non raggiungere il risultato connesso e oggetto dell'appalto.

Quando invece, sotto lo schema giuridico dell'appalto, l'appaltatore si limita ad assumere e retribuire la forza lavoro impegnando le attrezzature ed i capitali messi a disposizione del committente e quest'ultimo consegue le prestazioni di lavoro, senza accollarsi il carico fiscale e previdenziale dei lavoratori, si è di fronte ad un a mera interposizione fittizia di manodopera.

In tali casi, lo pseudo-appaltante, quindi, riesce a lucrare tra la differenza tra quello che avrebbe dovuto pagare in caso di assunzione diretta del lavoratore e quello che invece paga con il contratto *de quo*, mentre lo pseudo-appaltatore trae un profitto illecito proprio grazie alla differenza tra il corrispettivo del contratto di appalto e le retribuzioni corrisposte ai lavoratori, senza inoltre correre alcun rischio di impresa nell'esecuzione del contratto stesso.

In estrema sintesi, quando nel contratto di appalto mancano le caratteristiche di cui all'art. 29 del D.lgs 276/2003 si potrà, al limite, parlare di somministrazione di lavoro regolare, solo e quando dovessero essere presenti i requisiti di cui si è già espressamente fatto richiamo, altrimenti ci si troverà dinanzi ad una situazione di illegittimità che l'ordinamento espressamente sanziona. Difatti in tali casi il lavoratore può chiedere tramite ricorso, dinanzi al Tribunale civile sezione Lavoro, la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato fin dall'origine alle dipendenze dell'utilizzatore, ovvero dello pseudo-appaltante.

Ad ogni buon conto, a parte le situazioni limite di cui accennato, al fine di tutelare i lavoratori utilizzati attraverso tale rapporto giuridico, si sono previsti alcuni principi quali quello della responsabilità solidale dell'appaltatore e dell'appaltante per la corresponsione dei crediti retributivi e previdenziali, entro il termine di due anni dalla cessazione del contratto di appalto. Bisogna sottolineare a tal proposito, che la "Riforma Fornero" è intervenuta anche su tale previsione, prevedendo che tale solidarietà può essere derogata dai contratti collettivi nazionali, attraverso precise procedure di controllo e verifica degli appalti *de quibus*.

La detta responsabilità solidale opera anche nei confronti di eventuali subappaltatori.

È prevista anche in materia di debiti fiscali (cfr. art. 35, comma 34 L. 248/2006 e succ. modifiche da ultima art. 13-ter Legge 134/2012, legge di conversione del D.L. 83/2012 cosiddetto Decreto Sviluppo), così come in materia di infortuni sul lavoro (art. 26, comma 4, D. Lgs. 81/2008).