



DIRITTO DEL LAVORO

CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA E COMMERCIO

ANNO ACCADEMICO 2021/2022

Materiale didattico

Prof. Francesco Bacchini

Aggiornato a cura di A. D'Amore



L'esternalizzazione del lavoro. La somministrazione di lavoro. L'appalto. Il distacco. Il trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda.

L'esternalizzazione del lavoro

L'integrazione e la specializzazione produttiva, la riduzione dei costi e la minimizzazione dei rischi legali del lavoro subordinato stipulato direttamente, hanno determinato una progressiva esternalizzazione del lavoro, o per dirla "all'inglese" un crescente ricorso all'outsourcing.

Per ricostruire ordinatamente il sistema dei contratti di esternalizzazione del lavoro in azienda è necessario distinguere:

- Esternalizzazione del lavoro con direzione interna: somministrazione di lavoro e distacco;
- Esternalizzazione del lavoro senza direzione interna: appalto (contratto d'opera), trasferimento di ramo d'azienda con appalto.

La somministrazione di lavoro_1.

L'evoluzione normativa

L. n. 1369/1960: è vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono (divieto di interposizione).

L. n. 196/1997 (pacchetto Treu): introduzione del contratto di fornitura di lavoro temporaneo (lavoro interinale) come strumento contrattuale dinamico che consentisse l'impiego temporaneo di manodopera fornita da terzi, ma diretta e organizzata dall'utilizzatore, in relazione ad esigenze di organizzazione del lavoro e di produzione contingenti; l'agenzia di lavoro temporaneo fornisce, per un periodo di tempo predeterminato, lavoratori da essa dipendenti (assunti a tempo determinato o indeterminato) presso imprese utilizzatrici che necessitano di manodopera. Deroga al divieto di interposizione di manodopera di cui alla L. 1369/1960, che resta in vigore.

L. n. 30 e D.lgs. n. 276/2003: abrogazione della L. n. 196/1997 e definitivo superamento del divieto di interposizione (divieto di fornitura di manodopera legato al principio di identità tra soggetto che giuridicamente riveste la posizione di datore di lavoro e soggetto che utilizza la prestazione del lavoratore attraverso l'introduzione del contratto di somministrazione di lavoro).

D.lgs n. 81/2015: gli artt. 30-40 riscrivono interamente la disciplina della somministrazione di lavoro.

D.L. n. 87/2018 cov. l. n. 96/2018, c.d. «Decreto Dignità», modifica l'art. 29, 31, 34 e inserisce l'art. 38-bis del D.lgs. n. 81/2015.

La somministrazione di lavoro_2.

Definizione, art. 30:

“Il contratto di somministrazione di lavoro è il contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, 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”.

TRATTASI DI CONTRATTO COMMERCIALE FRA AGENZIA E UTILIZZATORE.

Disciplina dei rapporti di lavoro, art. 34:

“In caso di assunzione a tempo indeterminato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina prevista per il rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Nel contratto di lavoro è determinata l'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta dal somministratore al lavoratore per i periodi nei quali egli rimane in attesa di essere inviato in missione, nella misura prevista dal contratto collettivo applicabile al somministratore e comunque non inferiore all'importo fissato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. L'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo”.

“In caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III per quanto compatibile (ndr contratto a termine), con esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 21, comma 2,) 23 e 24 (dopo modifica del Decreto Dignità). Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore”.

Sempre in base alle modifiche apportate dal Decreto Dignità, in caso di somministrazione a tempo determinato le condizioni di apponibilità del termine si applicano esclusivamente all'utilizzatore, con buona pace, ancora una volta, della flessibilità organizzativa del lavoro garantita fino ad oggi dal ricorso acausale alla somministrazione soprattutto a termine.

La somministrazione di lavoro_3.

Limiti di utilizzo Art. 31.

- Il numero dei lavoratori somministrati con contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato non può eccedere il 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipula del predetto contratto, con un arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia eguale o superiore a 0,5 (**possono essere somministrati a tempo indeterminato esclusivamente i lavoratori assunti dal somministratore a tempo indeterminato**).
- Il numero dei lavoratori somministrati con contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato non può eccedere i limiti quantitativi individuati dai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore.
- Il Decreto Dignità ha sancito una soglia unitaria massima di lavoratori assumibili a termine e in somministrazione a termine che non può eccedere il 30% dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipulazione del contratto (con il solito arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia uguale o superiore a 0,5). Si tratta, anche in questo caso, di norma inibente, giacché comporta una riduzione, minimo del del 10%, rispetto alle soglie quantitative precedentemente disgiunte (20% a termine e percentuale, di solito il 20%, in somministrazione a termine prevista dai contratti collettivi di primo o secondo livello) di contrattualizzazione dei lavoratori temporanei rispetto a quelli stabili.

L'utilizzatore osserva nei confronti dei lavoratori somministrati gli obblighi di prevenzione e protezione cui è tenuto, per legge e contratto collettivo, nei confronti dei propri dipendenti.

Il lavoratore somministrato ha diritto a 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 delle imprese utilizzatrici.

I lavoratori somministrati sono informati dall'utilizzatore dei posti vacanti presso quest'ultimo, anche mediante un avviso generale affisso all'interno dei locali dell'utilizzatore.

La somministrazione di lavoro_4.

I divieti, Art. 32.

Il contratto di somministrazione di lavoro è vietato:

- a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;
- b) presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli art. 4 e 24 della legge n. 223 del 1991, che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro, salvo che il contratto sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti o abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi;
- c) presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro;
- d) da parte di datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

La somministrazione di lavoro_5.

La forma, Art. 33.

Il contratto di somministrazione di lavoro è stipulato in forma scritta (ad substantiam) e contiene i seguenti elementi:

- a) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore;
- b) il numero dei lavoratori da somministrare;
- c) l'indicazione di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore e le misure di prevenzione adottate;
- d) la data di inizio e la durata prevista della somministrazione di lavoro;
- e) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e l'inquadramento dei medesimi;
- f) il luogo, l'orario di lavoro e il trattamento economico e normativo dei lavoratori.

Gli elementi di cui sopra, nonché la data di inizio e la durata prevedibile della missione, devono essere comunicate per iscritto al lavoratore da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro o al momento dell'invio in missione presso l'utilizzatore.

L'utilizzatore ha l'obbligo di comunicare al somministratore il trattamento economico e normativo applicabile ai lavoratori suoi dipendenti che svolgono le medesime mansioni dei lavoratori da somministrare e a rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questo effettivamente sostenuti in favore dei lavoratori somministrati.

La somministrazione di lavoro_6.

Somministrazione irregolare e fraudolenta Art. 38, 38-bis.

La fattispecie della somministrazione irregolare si configura quando questa avviene al di fuori dei limiti e delle condizioni previsti dagli artt. 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, lettere a), b), c) e d), il lavoratore può chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione.

In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione di lavoro è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore

La fattispecie della somministrazione fraudolenta, abrogata dal Jobs Act nel 2015, viene reintrodotta dal Decreto Dignità, in un'ottica ulteriormente afflittiva; sicché, ferme restando le ipotesi sanzionatorie penali di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 276/2003 (esercizio non autorizzato dell'attività di somministrazione e utilizzazione di prestatori somministrati da soggetti non autorizzati), nel caso in cui la somministrazione sia posta in essere con l'esclusivo intento di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, somministratore e utilizzatore sono puniti con l'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ogni giorno di somministrazione.

APPALTO_1.

(art. 29 D.lgs. n. 276/2003).

Abrogazione della L. n. 1369/1960

Il contratto di appalto si distingue dalla somministrazione di lavoro per:

- l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore;
- l'esercizio del potere organizzativo e direttivo da parte dell'appaltatore nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto;
- l'assunzione, da parte dell'appaltatore, del rischio d'impresa.

Il contratto è stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 c.c.

«L'appalto è il contratto col quale una parte (appaltatore) 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 danaro, a favore di un altro soggetto (committente)».

APPALTO_2.

Appalto genuino

L'appaltatore:

- non è un semplice intermediario, ma un vero imprenditore;
- impiega una propria organizzazione produttiva;
- esercita il potere direttivo e organizzativo;
- assume i rischi della realizzazione dell'opera o del servizio.

L'organizzazione dei mezzi può, infatti, anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto.

È considerato legittimo anche l'appalto nel quale l'apporto di attrezzature e di capitale risulti marginale rispetto a quello delle prestazioni di lavoro; ciò purché l'appaltatore continui ad esercitare in via esclusiva il potere direttivo e organizzativo sul personale impiegato.

APPALTO_3.

Appalto non genuino: sanzioni

Qualora l'appalto non sia genuino si configura un'ipotesi di somministrazione irregolare:

- il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore.
- il rapporto di lavoro non si costituisce automaticamente, ma solo su iniziativa del lavoratore e a seguito di pronuncia giudiziale.

Committente, appaltatore e subappaltatore sono obbligati in solido, entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, per il pagamento delle retribuzioni (comprese le quote di trattamento di fine rapporto), dei contributi previdenziali e dei premi dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto e ai prestatori in esso impiegati, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento.

Distacco del lavoratore _1

(art. 30 D.lgs. n. 276/2003).

Il distacco del lavoratore consiste in un provvedimento organizzativo con il quale il datore di lavoro (distaccante), per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto (distaccatario) per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.

Il distaccante rimane responsabile del trattamento economico e normativo del lavoratore e, in termini generali, non è subordinato all'indicazione di specifiche ragioni o al consenso del lavoratore distaccato.

Tuttavia:

- il distacco che comporti un mutamento di mansioni deve avvenire con il consenso del lavoratore interessato;
- il distacco che comporti un trasferimento a una unità produttiva sita a più di 50 km da quella in cui il lavoratore è adibito può avvenire soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive.

Qualora il distacco avvenga in violazione delle disposizioni di legge (comma 1), il lavoratore interessato può chiedere, con ricorso giudiziale ex art. 414 c.p.c. notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione (distaccatario), la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo.

Distacco del lavoratore _2.

I requisiti di legittimità del distacco (così come precisato nella Circolare del Ministero del Lavoro del 15 gennaio 2004 n. 3 e dalla risposta all'Interpello 1/2011, sono:

- l'interesse del distaccante che deve essere specifico, rilevante, concreto e persistente, da accertare caso per caso, in base alla natura dell'attività espletata e non semplicemente in relazione all'oggetto sociale dell'impresa. Può trattarsi di qualsiasi interesse produttivo del distaccante, anche di carattere non economico, che tuttavia non può mai coincidere con l'interesse lucrativo connesso alla mera somministrazione di lavoro (Ministero del lavoro Circolare n. 28/2005);
- la necessaria temporaneità del distacco;
- lo svolgimento di una determinata attività lavorativa giacché il lavoratore distaccato deve essere adibito ad attività specifiche e funzionali al soddisfacimento dell'interesse proprio del distaccante. Ne consegue che il provvedimento di distacco non può risolversi in una messa a disposizione del proprio personale in maniera generica e, quindi, senza predeterminazione di mansioni.

Il trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda_1.

(art. 2112 c.c.)

Il comma 5, così come sostituito dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003, sancisce che: «ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento».

Il comma 1, afferma il principio generale secondo il quale: «In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano».

Il comma 2 istituisce, invece, l'obbligazione solidale fra cedente e cessionario «per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento». Tuttavia, si prevede che «con le procedure di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro».

Il trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda_2.



Al comma 3 si impone al cessionario di «applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario», stabilendo che «l'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello».

Il comma 4, dichiara che, pur restando ferma la facoltà da parte del cedente «di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento».

La norma aggiunge poi che «il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma», ossia con diritto al preavviso per giusta causa .

Il trasferimento d'azienda_3.

La tutela dei lavoratori.

- il rapporto di lavoro continua con il cessionario;
- il lavoratore mantiene i diritti già maturati (scatti d'anzianità, anzianità di servizio) e vi è responsabilità solidale del cedente e del cessionario a garanzia del soddisfacimento dei crediti vantati dal lavoratore fino all'epoca del trasferimento;
- il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi (dello stesso livello) applicabili all'impresa del cessionario;
- il trasferimento non costituisce di per sé motivo di licenziamento;
- il lavoratore ha diritto a presentare le proprie dimissioni (con applicazione della disciplina della giusta causa di recesso ed il relativo preavviso) nei 3 mesi successivi al trasferimento d'azienda, quando le condizioni di lavoro subiscano una sostanziale modifica.

Il trasferimento di ramo d'azienda_4.

Come abbiamo visto le disposizioni dettate per il trasferimento d'azienda si applicano anche nel caso in cui ad essere trasferita sia soltanto una parte dell'azienda o «ramo d'azienda», «intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento».

l'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003, aggiungendo un ultimo comma all'art. 2112 c.c., sancisce che nel caso in cui l'alienante (il cedente) stipuli con l'acquirente (cessionario) un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore, ossia tra cedente e cessionario, opera un (ulteriore) regime di solidarietà ossia quello disciplinato dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003.

Il comma 3, dell'art. 29, aggiunge, inoltre, al comma 3 che «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda».

Il trasferimento dell'azienda in crisi o sottoposta a procedure concorsuali_1.

(art. 47, l. n. 428/1990)

Comma 4-bis.

Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende:

- a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675;
- b) per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività.
- b-bis) per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo;
- b-ter) per le quali vi sia stata l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Il trasferimento dell'azienda in crisi o sottoposta a procedure concorsuali_2.

Comma 5.

Qualora il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile, salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante.

Il trasferimento dell'azienda in crisi o sottoposta a procedure concorsuali_3.

Comma 6.

I lavoratori che non passano alle dipendenze dell'acquirente, dell'affittuario o del subentrante hanno diritto di precedenza nelle assunzioni che questi ultimi effettuino entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero entro il periodo maggiore stabilito dagli accordi collettivi. Nei confronti dei lavoratori predetti, che vengano assunti dall'acquirente, dall'affittuario subentrante in un momento successivo al trasferimento d'azienda, non trova applicazione l' articolo 2112 del codice civile.

L. n. 429/1990, art. 47, commi 1, 2, 3, 4.

Procedura sindacale

Quando si intenda effettuare, ai sensi dell'art. 2112 c.c., un trasferimento d'azienda in cui sono complessivamente occupati più di quindici lavoratori, anche nel caso in cui il trasferimento riguardi una parte d'azienda, il cedente ed il cessionario devono :

- darne comunicazione per iscritto almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, se precedente, alle rispettive rsu o rsa, in mancanza alle oo.ss. territoriali anche attraverso l'associazione sindacale a cui conferiscono mandato;
- avviare un esame congiunto con i soggetti sindacali richiedenti;

La consultazione si intende esaurita qualora, decorsi dieci giorni dal suo inizio, non sia stato raggiunto un accordo.

Il mancato rispetto degli obblighi di comunicazione e di avviare l'esame congiunto costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 S.L.