www.bollettinoadapt.it, 23 luglio 2012

Sulla successione dei contratti di somministrazione a termine, l'intervallo non è d'obbligo. Ma la cautela, sì

di Davide Costa e Giulia Rosolen

In questo momento storico, più che in passato, stiamo assistendo ad un profluvio normativo nell'ambito delle relazioni di lavoro, di cui si fatica ad avere il quadro completo. Ciò nonostante, residuano delle aree grigie sprovviste di disciplina, che costringono l'interprete a colmare il vuoto di regolazione con ricostruzioni inevitabilmente incerte.

Una lacuna è presente nella disciplina della successione dei contratti (commerciali) di somministrazione a termine. In sostanza, mentre il d.lgs. n. 368/2001 impone, nel caso di riassunzione a tempo determinato del medesimo lavoratore da parte della stessa azienda, un intervallo di tempo minimo tra un contratto e il successivo, il legislatore non indica se lo stesso intervallo di tempo debba trascorrere tra la stipulazione di un contratto (commerciale) di somministrazione ed il successivo, per la fornitura del medesimo lavoratore alla stessa utilizzatrice. Al riguardo, il d.lgs. n. 276/2003 esonera dal periodo di stacco soltanto i contratti di lavoro a termine sottoscritti da lavoratore e agenzia per il lavoro. In questo caso, infatti, il lavoratore può essere riassunto dal somministratore anche subito dopo la scadenza del primo contratto, senza soluzione di continuità.
Il silenzio normativo, invece, avvolge la diversa ipotesi della successione di contratti di somministrazione a termine e, dunque, il dubbio è se sia lecito che l'agenzia per il lavoro e la utilizzatrice stipulino più contratti, per la somministrazione del medesimo lavoratore, in successione, anche senza soluzione di continuità o se, invece, sia d'obbligo l'osservanza del periodo di stacco previsto per il tempo determinato.

Si può tentare di sciogliere il nodo, ricorrendo ai principi generali, rintracciando nell'ordinamento (comunitario e italiano) eventuali "tracce" che consentano (o meno) di "avvicinare" il contratto a tempo determinato alla somministrazione e, quindi, di poter eventualmente applicare, in via analogica, la disciplina del primo alla seconda.

Indubbiamente, nelle fonti comunitarie, i due istituti sono tenuti ben distinti (cfr., innanzitutto, direttiva CE del Consiglio del 25 giugno 1991). La direttiva 1999/70/CE, di cui il d.lgs. n. 368/2011 costituisce attuazione, recepisce l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che prevede la sua applicazione «ai lavoratori a tempo determinato ad eccezione di quelli messi a disposizione di un'azienda utilizzatrice da parte di un'agenzia di lavoro interinale». Le disposizioni in esso contenute sulla successione dei contratti a termine non troverebbero, pertanto, applicazione ai lavoratori somministrati, salva l'indicazione contenuta nello stesso accordo, per cui «è intenzione delle parti considerare la necessità di un analogo accordo relativo al lavoro interinale».
Sul punto, la giurisprudenza di merito ha confermato come la direttiva 1999/70/CE non possa essere applicata alla somministrazione, perché si riferisce ai rapporti di lavoro definiti direttamente tra lavoratore e datore di lavoro. Pertanto, la somministrazione di lavoro, poiché coinvolge tre soggetti,

in cui il datore di lavoro è l'agenzia di somministrazione, resta fuori dall'ambito della direttiva (cfr. Trib. Vicenza 25 febbraio 2011).

Accanto a questo, la direttiva 2008/104/CE ribadisce che: «nel preambolo dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, le parti firmatarie hanno deciso di non inserire i lavoratori tramite agenzia interinale nella direttiva sul lavoro a tempo determinato». La medesima direttiva chiarisce, poi, che il motivo di tale scelta è nella diversità degli scopi sociali del lavoro somministrato rispetto al lavoro determinato standard: «i divieti e le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni di interesse generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi [...] il lavoro tramite agenzia interinale risponde non solo alle esigenze di flessibilità delle imprese ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti. Contribuisce pertanto alla creazione di nuovi rapporti di lavoro e alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato».

Analogamente, anche nell'ordinamento italiano, le due fattispecie contrattuali sono disciplinate distintamente (cfr. art. 1 e ss., d.lgs. n. 368/2001; art. 20 e ss., d.lgs. n. 276/2003).
Inoltre, laddove il legislatore ha voluto ritenere applicabile (eventualmente anche in parte) la normativa del contratto a tempo determinato alla somministrazione, lo ha affermato espressamente. Ciò è accaduto – come già detto – con riferimento al rapporto di lavoro instaurato tra agenzia per il lavoro e lavoratore, esplicitamente «soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo n. 368/2001», sia pur «con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5 commi 3 e seguenti [ossia le previsioni che impongono un periodo di stacco tra un contratto e il successivo, *n.d.r.*]».
Per converso, in assenza di specifico rinvio, la somministrazione dovrebbe essere esente dalle prescrizioni relative al tempo determinato e, dunque, anche da quelle relative all'intervallo temporale da rispettare per la successione di più contratti. E tanto, ancor più perché il legislatore non sembra prevedere alcuna specifica sanzione per l'azienda che fruisca della prestazione del lavoratore attraverso più contratti di somministrazione in successione, senza osservare l'intervallo di tempo che, invece, deve trascorrere tra un contratto a termine e il seguente.
Peraltro, neppure la l. n. 92/2012 – che, in più occasioni, ha accostato la disciplina del contratto a termine a quella della somministrazione – ha previsto che i c.d. termini di *stop and go* si applicassero anche ai contratti (commerciali) di somministrazione (del medesimo lavoratore, in favore della medesima azienda)([1]).

Pertanto, una interpretazione di stretto rigore normativo indurrebbe a non ritenere applicabile alla successione di contratti di somministrazione l'imposizione di un intervallo di tempo tra un contratto e il seguente che, invece, connota la successione dei rapporti a termine.

Tuttavia, tanto nell'ordinamento comunitario, quanto in quello interno, non mancano indicazioni di segno contrario, che possono, quanto meno, far sorgere il dubbio circa la correttezza di tale ricostruzione interpretativa.

L'ordinanza della Corte di Giustizia del 15 settembre 2010 (causa C-386/09, *Briot* c. *Randstand Interim e altri*), ad esempio, lascia intendere che i lavoratori tramite agenzia possano «all'occorrenza beneficiare, contro l'abusivo ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato […], della direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato».

([1]) Sul nuovo contratto a termine cfr. D. Costa, M. Tiraboschi, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, in corso di pubblicazione, 97-108.

Con tale decisione, i giudici comunitari hanno affermato, quindi, la opportunità di un'applicazione estensiva della normativa del tempo determinato anche ai lavoratori somministrati. Soprattutto in funzione antielusiva. Ed è tanto vero questo che il nostro ordinamento si è dotato di misure di contrasto all'utilizzo abusivo della somministrazione, mutuando proprio le previsioni comunitarie sul lavoro a termine ([2]). E così, la somministrazione a termine deve trovare giustificazione in una ragione "oggettiva" o "soggettiva"; i periodi di lavoro somministrato vanno ricompresi nel tetto massimo di 36 mesi legalmente fissato per l'utilizzo del lavoro a tempo determinato; il contratto collettivo applicabile ai lavoratori tramite agenzia, all'art. 42, stabilisce il numero massimo di proroghe che possono essere applicate al contratto di somministrazione.
Questa lettura indurrebbe, quindi, ad estendere la disciplina antifraudolenta sul rinnovo dei contratti a tempo determinato anche ai contratti di somministrazione.

A questa conclusione, peraltro, era già pervenuto il Ministero del lavoro, con la circ. n. 7/2005. Il dicastero infatti, aveva lasciato implicitamente intendere che i limiti previsti dalla disciplina del contratto a termine in materia di rinnovo dovessero applicarsi al rapporto di somministrazione tra agenzia e utilizzatore. La circolare, sul punto, aveva precisato che, con riferimento all'invio del lavoratore presso il medesimo utilizzatore, «il lavoratore non potrà essere inviato presso il medesimo utilizzatore una volta che siano decorsi i termini per la proroga per l'esecuzione della medesima somministrazione».
In altre parole, quando il rapporto tra utilizzatore e agenzia non è più prorogabile, ai sensi dell'art. 42 del contratto collettivo applicabile ai lavoratori somministrati, stando alla circolare, parrebbero porsi due alternative:
1) stipulare subito un nuovo contratto di somministrazione, con modificazione formale e sostanziale delle mansioni cui adibire il lavoratore, adottando, coerentemente, anche una causale diversa
ovvero
2) rispettare i termini di successione previsti per la stipulazione di un nuovo rapporto a termine.

Ancorché tale interpretazione provenga da un atto privo di efficacia normativa esterna, si tratta comunque di una lettura attuale. E tanto, anche perché, seppure la normativa in materia di somministrazione ha conosciuto nel tempo diverse modifiche, il riferimento normativo interpretato dalla circolare, invece, non ha subito modificazioni di sorta.
L'indicazione proveniente dal dicastero, quindi, sembra suggerire una maggiore cautela nel ritenere esente la somministrazione dal limite al rinnovo che interessa il lavoro a termine.

E questo vale ancor di più se si considera l'atteggiamento di recente assunto dal legislatore, teso ad avvicinare il lavoro tramite agenzia al lavoro a termine, al fine di paralizzare l'impiego del lavoro temporaneo con finalità fraudolente. L'accostamento, in particolare, si rinviene in materia di "acausalità" e nell'inclusione dei periodi di somministrazione all'interno della base di computo per il calcolo del limite massimo di utilizzo del lavoro a termine.
Pertanto, nulla vieta di sostenere che questo accostamento operi anche in relazione ai termini di intervallo che, così come per la stipulazione di un nuovo rapporto a termine, si potrebbero ritenere validi anche per la stipulazione, in sequenza, di più contratti di somministrazione, tra le medesime parti e in relazione allo stesso lavoratore somministrato.

Del resto, l'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 prevede che, per tutta la durata della missione, i lavoratori somministrati abbiano diritto a condizioni di base, di lavoro e occupazione, complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte.

([2]) Cfr. M. Tiraboschi, *Somministrazione di lavoro: ritorno al passato*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, cit., 109-115.

Pertanto, se si sostenesse la inapplicabilità ai lavoratori somministrati dei termini di intervallo che, invece, valgono a tutelare i lavoratori a tempo determinato dalla reiterata stipulazione di contratti temporanei, si legittimerebbe una condizione di svantaggio nei confronti dei lavoratori impiegati tramite agenzia. Condizione di svantaggio che, evidentemente, non avrebbero conosciuto se fossero stati impiegati direttamente dall'utilizzatore.

Il vuoto normativo, quindi, si presta ad essere colmato attraverso interpretazioni opposte. Proprio per questo, il mancato rispetto del periodo di stacco potrebbe costituire motivo di impugnazione nei giorni a venire. Infatti, se è vero che, al momento, non si registra contenzioso in tema di "successione di rapporti di somministrazione a termine", ciò sembra riconducibile a due ordini di ragioni:

1) i termini previsti in materia di successione di rapporti a termine, prima della riforma del mercato del lavoro, erano decisamente più brevi (10 o 20 giorni a seconda della durata del precedente rapporto) e quindi più facili da rispettare;
2) il contenzioso si concentrava tutto sulla "causale".

È prevedibile che le cose cambieranno, invece, nel vigore del nuovo testo normativo. E questo, perché:

– avendo la riforma previsto termini più lunghi in materia di successione di rapporti a termine (60 o 90 giorni a seconda della durata del precedente rapporto), vi sarà probabilmente da parte dalle agenzie, sollecitate dalle aziende clienti, minore disponibilità a rispettarli; e perché
– il contenzioso si concentrerà anche su motivi diversi da quello standard in materia di causale, posto che i recenti interventi di riforma (d.lgs. n. 24/2012, prima e l. n. 92/2012, poi) hanno previsto un nutrito elenco di ipotesi di esonero dall'indicazione della causale, prima del tutto inesistenti.

Ecco, quindi, che, sulla scorta di queste considerazioni, della *ratio* a cui la norma è ispirata, delle finalità cui la riforma del mercato del lavoro tende – tra le quali vi è quella di fare del contratto a tempo indeterminato la forma comune di impiego – e, non da ultimo, di quel filone giurisprudenziale (si veda da ultima l'ordinanza del Trib. Napoli 22 maggio 2012) che tende ad accostare, senza troppe remore, lavoro a termine e lavoro tramite agenzia, pare consigliabile un'interpretazione cauta del dato normativo in materia di *stop and go*, per evitare che l'entusiasmo iniziale, possa tradursi in uno stop giudiziale in corsa.

Davide Costa
Giulia Rosolen
Scuola internazionale di Dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro
Adapt – CQIA, Università degli Studi di Bergamo