Direzione centrale vigilanza,
affari legali e contenzioso

Linee guida per l'attività ispettiva in materia di distacco transnazionale

Come noto, il D. Lgs. n. 136/2016 in materia di distacco transnazionale di lavoratori, in attuazione della Direttiva 2014/67/UE, ha introdotto nel nostro ordinamento specifiche misure volte a prevenire e contrastare le fattispecie di distacco non autentico, poste in essere da imprese stabilite in un altro Stato membro o in un Paese extraUE.

Questo Ispettorato, con circolari n. 3 del 22 dicembre 2016 e n. 1 del 9 gennaio 2017, ha fornito indicazioni di carattere operativo al personale ispettivo al fine di assicurare una corretta ed uniforme applicazione del regime sanzionatorio ivi contenuto.

Ad oltre due anni dall'entrata in vigore del Decreto, e nelle more del recepimento della Direttiva 2018/957/UE che interviene nuovamente nella materia, si ritiene opportuno, anche alla luce della casistica oggetto di verifica e dell'esiguo numero di precedenti giurisprudenziali esistenti, fornire alcune linee guida relative alla metodologia degli accertamenti, soffermandosi sulle principali problematiche sorte nel corso dell'attività di vigilanza.

❖ Premesse : *a) La prestazione di servizi*

La normativa comunitaria in materia di distacco transnazionale presuppone l'espletamento di una **prestazione di servizi sul territorio italiano**, da parte di un operatore economico stabilito in un altro Stato membro.

La nozione comunitaria di libera prestazione di servizi si ritrova nell'art. 57 TFUE, ai sensi del quale sono considerate attività di "*servizi*" quelle che non rientrano nelle definizioni di libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone.

In virtù della disposizione citata, i servizi comprendono le attività di carattere industriale, commerciale, artigianale e le libere professioni; tale elencazione, da considerarsi meramente esemplificativa, ricomprende dunque tutti i settori economico-produttivi in cui il personale ispettivo può riscontrare fattispecie di distacco transnazionale (edilizia, agricoltura, terziario, ect.).

La locuzione "prestazione di servizi" risulta, quindi, molto ampia e nella sua accezione rientrano diverse tipologie contrattuali disciplinate nel nostro ordinamento, tra le quali la filiera di appalti e subappalti di opera e

di servizi e la somministrazione di lavoro; in essa sono inoltre da ricomprendere ulteriori attività di prestazioni servizi tra imprese stabilite in diversi Paesi (ad es. varie forme di joint venture, consorzi ed ATI che in sostanza si configurano quali fattispecie di subappalto, contratti di rete, accordi atipici, ect.).

Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del D.lgs. n. 136/2016, la prestazione di servizi deve comportare **l'espletamento di attività lavorative di carattere temporaneo in favore di un destinatario situato su territorio italiano**, che può individuarsi in una impresa distaccataria appartenente al medesimo gruppo, in una unità produttiva, filiale, sede operativa della azienda straniera distaccante ovvero in un diverso soggetto committente (cfr. nota INL 5 giugno 2017).

❖ *b) Il lavoratore in distacco transnazionale*

Il **lavoratore in distacco transnazionale** è un lavoratore abitualmente occupato in un altro Stato membro che, **nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi,** per un periodo limitato, predeterminato o predeterminabile in base ad un evento futuro e certo, svolge il proprio lavoro in un altro paese UE, ai sensi dell'art. 2 lett. d) del D.Lgs.n. 136/2016.

I lavoratori che non sono da considerarsi in distacco

Non tutti i lavoratori presenti nel territorio di uno Stato membro diverso dallo Stato di stabilimento (in cui lavorano regolarmente) sono da considerarsi lavoratori distaccati ai sensi della disciplina in esame. In particolare, i lavoratori che sono inviati a lavorare in un altro Stato membro ma non a fornire una prestazione transnazionale di servizi, non sono lavoratori distaccati (ad es. i lavoratori che partecipano a conferenze, riunioni, manifestazioni, etc., senza fornire un servizio a nessuna persona o impresa; con riferimento alle fiere si richiama quanto evidenziato nella nota INL del 5 giugno 2017).

Le condizioni di lavoro del personale che non rientra nella nozione di lavoratore distaccato non sono regolate, dunque, dalle disposizioni della Direttiva n. 67. In caso di conflitto di leggi, si applicherà il Regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Regolamento n. 593/2008 cd "Roma I"), il quale stabilisce il principio della libertà di scelta della legge applicabile. Tale scelta non può, tuttavia, avere il risultato di privare il lavoratore della protezione accordatagli da disposizioni inderogabili di legge (art. 8 Regolamento Roma I).

Si precisa che il lavoratore autonomo, pur provvisto di Modello A1, non rientra nella nozione di lavoratore distaccato. In questo caso, infatti, il modello A1 viene fornito ai soli fini previdenziali.

❖ *1. Oggetto della verifica ispettiva*

La verifica ispettiva in materia di distacco transnazionale di lavoratori ha ad oggetto i seguenti aspetti:

a) **la regolarità amministrativa e documentale del distacco**, ovvero

- l'adempimento degli obblighi amministrativi, quali la comunicazione preventiva di distacco - mediante consultazione dell'area riservata del Portale INL, sezione "Cruscotti", sottosezione "Distacco Transnazionale UE" dove è disponibile la piattaforma Comunicazioni preventive di distacco transnazionale;
- il contratto di lavoro, stipulato tra lavoratore e azienda straniera distaccate, da cui si evince – tra l'altro – che il rapporto di lavoro perdura per tutto il periodo di distacco (cfr. art. 1, comma 1, d.lgs..

136/2016);

- il Mod. A1;
- la comunicazione/registrazione pubblica di instaurazione del rapporto di lavoro nel Paese di origine - ove esistente;
- i prospetti paga, i prospetti che indicano l'inizio, la fine e la durata dell'orario di lavoro giornaliero e la documentazione comprovante il pagamento delle retribuzioni.

Tali documenti dovranno essere esibiti dal prestatore di servizi o dal referente o da altra persona incaricata nominata ai sensi dell'art. 10, D. Lgs. n. 136/2016.

b) **il rispetto delle condizioni di lavoro e di occupazione** previste dalla normativa e dalla contrattazione collettiva, ai sensi degli artt. 2 e 4, D. Lgs. n. 136/2016.

c) **l'autenticità del distacco** in base agli indici stabiliti dall'art. 3 del D.Lgs. n. 136/2016 sia in relazione all'impresa distaccante sia in relazione ai lavoratori distaccati.

Va evidenziato che l'esibizione dei documenti di cui alla lettera a) da parte dell'impresa distaccante risulta funzionale alla valutazione di tutti gli aspetti di regolarità della fattispecie. Pertanto, qualora gli stessi non siano resi disponibili, anche solo in parte, il personale ispettivo, ferma restando l'applicazione delle sanzioni per mancata esibizione dei documenti, per poter valutare tutti gli elementi di fatto, dovrà attivare tempestivamente la **procedura di cooperazione amministrativa** con lo Stato membro interessato, inoltrando tramite il **sistema IMI** specifica richiesta alla competente Autorità straniera.

Allo stesso modo, la procedura in questione potrà essere sempre attivata anche qualora sia stata fornita tutta la documentazione richiesta ma risulti necessario approfondire taluni aspetti utili afferenti, in particolare, alla verifica dell'autenticità del distacco (ad es. per verificare l'effettiva operatività dell'impresa distaccante nello Stato membro di provenienza o per chiedere riscontro circa la veridicità della documentazione, quale il modello A1, etc), anche richiedendo l'effettuazione di una verifica ispettiva.

❖ ***Focus 1.a - La regolarità documentale del distacco.***
In particolare la figura del referente.

In ordine agli obblighi documentali sanciti dal citato art. 10, si evidenzia il dettato di cui al comma 3, lett. b) sulla figura del **referente del prestatore di servizi straniero**.

Al fine di favorire una agevole interazione degli organi di vigilanza con le aziende interessate da verifiche ispettive e consentire altresì la notifica di eventuali atti di contestazione, **il referente è incaricato di esibire, inviare e ricevere documenti in nome e per conto dell'impresa distaccante, ovvero le richieste di informazioni e di documentazione, la notifica dei verbali di primo accesso ispettivo e di contestazione delle violazioni riscontrate. Può essere altresì interessato della notifica di atti formalmente notificati all'azienda stessa da parte del personale di vigilanza**.

Tale ruolo può essere assolto da qualsiasi persona fisica, elettivamente domiciliata in Italia, che sia indifferentemente un lavoratore dell'impresa distaccante, ma anche una persona esterna all'azienda stessa o una persona di fiducia del distaccante, il soggetto distaccatario, ovvero ancora un consulente del lavoro o altro professionista. Il domicilio eletto può coincidere anche con la sede dell'azienda di cui il soggetto fa parte. Ad ogni modo, non risulta necessario che il soggetto indicato come referente sia iscritto ad un albo specifico.

Laddove invece in luogo di una persona fisica sia individuata una società, l'incarico deve intendersi attribuito al rappresentante legale della stessa.

Per l'individuazione del referente non è necessario che la nomina risulti da documento autenticato da notaio, ma è sufficiente inserire i dati richiesti nella specifica sezione del Modello di comunicazione preventiva da inviare utilizzando la procedura informatica. Si fa presente, altresì, che il referente può ricoprire tale ruolo svolgendo contemporaneamente anche le funzioni della persona scelta in rappresentanza della società distaccante per tenere i rapporti con le parti sociali, ex art. 10, comma 4.

Va precisato che il referente non è responsabile in solido con il prestatore di servizi degli obblighi individuati dal D.Lgs. n. 136/2016, in quanto soggetto destinatario degli obblighi e degli eventuali provvedimenti sanzionatori è esclusivamente il prestatore di servizi.

Per quanto concerne gli ulteriori adempimenti amministrativi di cui all'art. 10, si chiarisce che la documentazione tradotta deve essere disponibile al momento dell'accertamento ispettivo. Non è richiesto all'azienda distaccante di provvedere alla traduzione giurata della documentazione; tuttavia, laddove sia prodotta una traduzione non comprensibile, l'ispettore effettuerà formale richiesta di altra traduzione. In caso di mancata ottemperanza troveranno applicazione le sanzioni di cui all'art. 12 del Decreto n. 136 richiamate nella Circolare INL n. 1/2017.

Con particolare riferimento alla traduzione delle voci retributive contenute nelle singole buste paga, ove siano seriali/ripetitive per il singolo lavoratore ovvero per più lavoratori, si ritiene sufficiente produrre uno schema riepilogativo delle voci retributive utilizzate. Il fine ispettivo, infatti, è quello di individuare le voci che vanno a implementare la retribuzione, rispetto a quelle che sono meri rimborsi o comunque voci di carattere non retributivo (vedi infra).

❖ ***Focus 1. b - Condizioni di lavoro e di occupazione.***
La retribuzione: importi lordi, indennità e tracciabilità delle somme erogate.

La definizione di condizioni di lavoro e di occupazione è contenuta all'art. 2, comma 1, lett. e) del D.Lgs.n. 136 e si riferisce alle seguenti materie:

- periodi massimi di lavoro e minimi di riposo;
- durata minima delle ferie annuali retribuite;
- tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario;
- salute, sicurezza e igiene sui luoghi di lavoro;
- non discriminazione tra uomo e donna;
- condizioni di cessione temporanea di lavoratori da parte delle agenzie di somministrazione.

Per quanto riguarda la verifica delle condizioni di lavoro e di occupazione, occorre tener presente che la materia della retribuzione costituisce uno dei profili più delicati, attualmente oggetto di approfondimenti e di proposte normative a livello europeo, in considerazione dei differenti livelli retributivi previsti dagli ordinamenti degli Stati membri e delle relative fonti.

Va precisato che **la finalità perseguita dall'art. 4, comma 1, del Decreto è quella di garantire una sostanziale equiparazione delle somme erogate a titolo di retribuzione ai lavoratori distaccati rispetto a quelle corrisposte ai lavoratori abitualmente impiegati in Italia, sulla base di quanto stabilito dalla contrattazione collettiva applicabile ai sensi del citato art. 2 del D.Lgs. n. 136 che, a sua volta, richiama l'art. 51 del D.Lgs. n. 81/2015**.

Ciò significa che non è necessaria una perfetta corrispondenza delle varie voci retributive, atteso che la sostanziale equiparazione di trattamento salariale può essere realizzata considerando anche gli importi corrisposti a titolo di indennità (quali ad es. l'indennità di distacco) che, unitamente alle voci retributive, assicurano il rispetto dei principi costituzionali di sufficienza e proporzionalità della retribuzione. Non rileva, a tal fine, la circostanza che dette voci siano o meno assoggettate a contribuzione, in base alla legislazione del Paese di provenienza.

Pertanto, per effettuare il raffronto tra la **retribuzione** corrisposta al lavoratore distaccato e la retribuzione dovuta ai sensi della contrattazione collettiva applicata in Italia, occorre prendere in considerazione **l'importo lordo delle somme erogate anziché i singoli elementi costitutivi,** i quali, tuttavia, dovrebbero comunque essere individuati in modo sufficientemente dettagliato, al fine di consentire agli organi di vigilanza la comparazione degli importi complessivi.

Diversamente, non devono essere computate le voci relative ai rimborsi delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco. In proposito, è possibile rinviare al contenuto del Considerando n. 18 della Direttiva 2018/957 che, nel dare rilevanza alle **indennità specifiche riconosciute per il distacco** quali parti della retribuzione, esclude espressamente le spese di viaggio, vitto e alloggio (nello stesso senso cfr. Circ. INL 1/2017; interpello n. 33/2010).

Occorre, altresì, distinguere le ipotesi di distacco transnazionale in cui la prestazione di servizi consta nella somministrazione di lavoratori dalle altre ipotesi in cui la prestazione di servizi sia, invece, riferibile ad un appalto.

In caso di somministrazione di lavoro la contrattazione collettiva di riferimento è sempre quella applicata dall'impresa italiana utilizzatrice, tenuto conto che il lavoratore in distacco viene impiegato nell'attività produttiva di quest'ultima.

Nelle ipotesi di una prestazione di servizi consistente in un contratto di appalto, il contratto collettivo da applicare sarà quello riferito all'attività dedotta nel contratto (*rectius* oggetto della prestazione di servizi). Ad esempio, qualora un'azienda industriale stabilita in Italia, che applica il CCNL dei metalmeccanici, stipuli un contratto di appalto di servizi con un'azienda stabilita in altro Paese UE il cui oggetto riguarda la movimentazione di materiale, il CCNL di riferimento sarà quello della Logistica; evidentemente ove oggetto del contratto di appalto sia la realizzazione di una fase del più ampio processo produttivo del committente, il CCNL di riferimento non potrà che essere quello applicato da quest'ultimo.

Va a margine evidenziato, che **la disposizione relativa alla tracciabilità delle retribuzioni** di cui all'art. 1, comma 910, L. n. 205/2017 - secondo il quale a far data dal 1° luglio 2018 i datori di lavoro o committenti devono corrispondere ai lavoratori la retribuzione, nonché ogni anticipo di essa, attraverso gli strumenti di pagamento individuati dalla medesima norma –sulla base del principio di specialità, non trova applicazione nell'ipotesi di lavoratori in distacco transnazionale, stante la previsione di un obbligo analogo e di specifica sanzione, rispettivamente, agli **artt. 10 e 12 del Decreto n. 136** (documentazione comprovante il pagamento delle retribuzioni che il datore di lavoro avrà cura di conservare anche per l'eventuale esibizione agli organi di vigilanza).

❖ ***Focus 1. c - Distacco non autentico e somministrazione fraudolenta.***
Fattispecie a confronto e regime sanzionatorio applicabile.

L'art. 3 del Decreto, rubricato **"autenticità del distacco"**, individua una serie di elementi fattuali ai fini della valutazione complessiva dell'operazione posta in essere e disciplina il regime sanzionatorio applicabile nel caso in cui gli organi di vigilanza accertino fattispecie che non rispettino tali requisiti.

In particolare, gli organi di vigilanza sono chiamati a verificare:

a. in relazione all'impresa distaccante:
   - **se l'impresa eserciti effettivamente attività diverse rispetto a quelle di mera gestione o amministrazione del personale**, facendo riferimento agli elementi di cui all'art. 3, comma 2;

b. in relazione al lavoratore distaccato:
   - **se il lavoratore sia distaccato effettivamente** nel rispetto degli elementi di cui all'articolo 3, comma 3.

Art. 3 D.lgs. n. 136/2016

Comma 2. Al fine di accertare se **l'impresa distaccante** eserciti effettivamente attività diverse rispetto a quelle di mera gestione o amministrazione del personale dipendente sono valutati i seguenti elementi:

a) il luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale e amministrativa, i propri uffici, reparti o unità produttive;
b) il luogo in cui l'impresa è registrata alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o, ove sia richiesto in ragione dell'attività svolta, ad un albo professionale;
c) il luogo in cui i lavoratori sono assunti e quello da cui sono distaccati;
d) la disciplina applicabile ai contratti conclusi dall'impresa distaccante con i suoi clienti e con i suoi lavoratori;
e) il luogo in cui l'impresa esercita la propria attività economica principale e in cui risulta occupato il suo personale amministrativo;
f) il numero dei contratti eseguiti o l'ammontare del fatturato realizzato dall'impresa nello Stato membro di stabilimento, tenendo conto della specificità delle piccole e medie imprese e di quelle di nuova costituzione;
g) ogni altro elemento utile alla valutazione complessiva.

Comma 3. Al fine di accertare se **il lavoratore** è distaccato ai sensi del presente decreto sono valutati tutti gli elementi elencati al comma 2 e, altresì, i seguenti elementi:

a) il contenuto, la natura e le modalità di svolgimento dell'attività lavorativa e la retribuzione del lavoratore;
b) la circostanza che il lavoratore eserciti abitualmente, ai sensi del regolamento (CE) n. 593/2008 (Roma I), la propria attività nello Stato membro da cui è stato distaccato;
c) la temporaneità dell'attività lavorativa svolta in Italia;
d) la data di inizio del distacco;
e) la circostanza che il lavoratore sia tornato o si preveda che torni a prestare la sua attività nello Stato membro da cui è stato distaccato;
f) la circostanza che il datore di lavoro che distacca il lavoratore provveda alle spese di viaggio, vitto o alloggio e le modalità di pagamento o rimborso;
g) eventuali periodi precedenti in cui la medesima attività è stata svolta dallo stesso o da un altro lavoratore distaccato;
h) l'esistenza del certificato relativo alla legislazione di sicurezza sociale applicabile;
i) ogni altro elemento utile alla valutazione complessiva.

L'organo di vigilanza al fine di effettuare la **valutazione complessiva degli elementi sopra riportati dovrà acquisire i seguenti documenti che, ove non esibiti dal soggetto referente, potranno essere richiesti all'Autorità straniera** per il tramite della Piattaforma IMI:

- certificato della camera di commercio del Paese di provenienza;
- documentazione relativa alle sedi di lavoro e all'attività svolta nel Paese di provenienza;
- dichiarazioni fiscali e fatturato complessivo realizzato nel Paese di provenienza;
- forza lavoro impiegata nel Paese di provenienza;
- documentazione relativa al luogo in cui i lavoratori sono assunti e a quello da cui sono distaccati;
- modello A1.

Con riferimento all'esibizione del modello A1, si fa presente che tale documento potrebbe essere rilasciato in ritardo dalla competente Autorità straniera all'impresa distaccante, ovvero successivamente all'invio in distacco dei lavoratori sul territorio italiano. Laddove il modello, pur rilasciato/emesso in ritardo, copra comunque l'intero periodo di distacco, non potrà essere contestata dal personale ispettivo la mancanza del suddetto documento; ciò che rileva, infatti, è la copertura dell'intero periodo di distacco e non invece la data di rilascio del modello.

Occorre, altresì, accertare tramite l'acquisizione delle dichiarazioni dei lavoratori o di altra documentazione se tale personale:

- ha lavorato solo ed esclusivamente in Italia;
- ha residenza in Italia, documenti italiani e la sua famiglia si trova in Italia;
- nel Paese straniero non espletava alcuna attività lavorativa né prima né dopo il suo impiego in Italia;
- la coincidenza - o quasi - tra la data di assunzione e la data di distacco.

L'autenticità del distacco transnazionale, pertanto, va valutata esclusivamente facendo riferimento agli indici di cui all'art. 3 D.Lgs. n. 136/2016, **e non alla stregua di quanto previsto dall'art. 29, comma 1, del D. Lgs. n. 276/2003,** ovvero in rapporto ai requisiti di cui all'articolo 1655 c.c; ciò atteso che la nozione di prestazione di servizi, come evidenziato in premessa, non coincide con quella nazionale di contratto di appalto. Allo stesso modo, per quanto attiene alla tipologia di distacco transnazionale infragruppo o presso una propria filiale, la verifica ispettiva non va orientata al riscontro dell'interesse del distaccante ex art. 30, D. Lgs. n. 276/2003, ma deve incentrarsi sulla sussistenza di una prestazione di servizi in favore di un soggetto stabilito in Italia.

Con circolare INL n. 1/2017 sono state individuati alcuni casi esemplificativi di distacco non autentico che si ritiene utile riportare:

a) l'impresa distaccante è una **società fittizia**, non esercitando alcuna attività economica nel Paese di origine;
b) l'impresa distaccante non presta alcun servizio ma si limita a fornire solo il personale **in assenza della relativa autorizzazione all'attività di somministrazione**;
c) **il lavoratore distaccato** al momento dell'assunzione da parte dell'impresa straniera distaccante già **risiedeva e lavorava abitualmente in Italia**;
d) **il lavoratore distaccato, regolarmente assunto dall'impresa distaccante, è stato licenziato durante il periodo di distacco** e, in assenza di una comunicazione di modifica della data di cessazione del periodo di distacco, lo stesso continua a prestare attività lavorativa, sostanzialmente in nero, presso l'impresa distaccataria.

In relazione alla fattispecie sub a) si sottolinea che occorre considerare non soltanto l'assenza di qualsiasi attività economica presso il Paese di origine **ma anche la sua sostanziale irrilevanza**. La prova in ordine a tale circostanza passa attraverso il coinvolgimento dell'Autorità straniera competente mediante il sistema IMI, in particolare al fine di acquisire documenti utili, tra i quali il bilancio, il fatturato, i documenti fiscali, da cui è possibile desumere l'effettività dell'attività economica.

Tuttavia, va tenuto conto che spesso il riscontro documentale risulta del tutto carente nei contenuti ed, in ogni caso, non è risolutivo ai fini della prova che si intende acquisire. In tal senso appare, quindi, opportuno chiedere all'Autorità straniera di effettuare una specifica attività di vigilanza volta ad acquisire dati documentali e fattuali dai quali evincere l'effettività e la non irrilevanza dell'attività economica svolta nel Paese di stabilimento.

In caso di mancato riscontro, l'Ufficio richiedente provvederà ad inoltrare una specifica segnalazione alla Direzione Centrale Vigilanza di questo Ispettorato.

Regime sanzionatorio

In caso di **distacco non autentico**, il distaccante e il distaccatario sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, analogamente a quanto previsto dall'art 18, comma 5 *bis*, D.Lgs.n. 276/2003. In ogni caso l'ammontare della sanzione amministrativa non può essere inferiore ad euro 5.000 né superiore ad euro 50.000 (cfr. circ. INL n. 1/2017). Inoltre, il lavoratore è considerato alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, ai sensi dell'art. 3, comma 4, D.Lgs.n. 136/2016, fatti salvi gli effetti sotto il profilo contributivo connessi al **disconoscimento del Mod. A1**.

Va, infine, considerata la possibilità, così come chiarito con **Circolare INL n. 3 del 2019,** di configurare il reato di **somministrazione fraudolenta**, reintrodotto dall'art. 38 *bis* D.Lgs.n. 81/2015, anche nelle fattispecie di distacco transnazionale.

In particolare, si ritiene che possa ricorrere il reato *de quo*, nel caso in cui il distacco non genuino sia funzionale all'elusione delle disposizioni dell'ordinamento interno e/o del contratto collettivo applicabile; in altri termini, si potrà contestare anche tale fattispecie ove, oltre alla sussistenza dei requisiti del distacco non genuino, ex art. 3, commi 2 e 3 - la cui ricorrenza comporta l'applicazione delle conseguenze sanzionatorie di cui al comma 4 - si riscontri altresì l'intento fraudolento di violare la normativa interna o le disposizioni del CCNL (ad es. la società straniera è fittizia o il lavoratore è impiegato abitualmente in Italia e **non sia rispettata la normativa italiana in materia di orario di lavoro** ovvero sia corrisposta una **retribuzione inferiore rispetto a quella dovuta sulla base del contratto collettivo applicabile**).

Ne consegue che l'analisi sulla genuinità del distacco in base ai parametri di legge (che peraltro rinvia in termini generali ad "*ogni altro elemento utile alla valutazione complessiva*") non deve mai tralasciare, anche in funzione dell'applicazione della sanzione di cui all'art. 38 *bis*, la verifica del rispetto delle condizioni di lavoro e di occupazione di cui agli artt. 2 e 4 del Decreto n. 136.

Sotto il profilo sanzionatorio, ciò comporterà l'applicazione anche della sanzione penale dell'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione; ad ogni modo, il personale ispettivo dovrà adottare il **provvedimento di prescrizione,** avente ad oggetto la cessazione della condotta antigiuridica, ai sensi dell'art. 15 del D.Lgs. n. 124/2004, atteso che l'imputazione del lavoratore al soggetto

utilizzatore consegue già alla contestazione del distacco non genuino, salvo gli effetti in ordine all'aspetto contributivo connessi al **disconoscimento del Mod. A1**.

Disconoscimento modello A1. Circolare n. 1 del 2017

Come noto, anche a seguito di accertamento ispettivo che abbia verificato la natura non autentica del distacco, non è possibile iscrivere i lavoratori assunti in altro Stato UE alla gestione previdenziale dell'INPS laddove sia presente un valido certificato A1.

A tale scopo, occorre sempre attivare la specifica procedura di annullamento/disconoscimento del Certificato A1, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento 987/2009 (cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 10 febbraio 2000 causa C- 202/97e decisione A1 della Commissione amministrativa del 12 giugno 2009).

In merito appare comunque opportuno, anche al fine di interrompere il decorso della prescrizione, quantificare nel corpo del verbale di accertamento gli imponibili contributivi e determinare le sanzioni civili dovute (nella misura di cui alla circolare INPS n. 49 del 16 marzo 2016 per l'ipotesi di evasione contributiva), con l'avvertenza che al loro recupero/irrogazione provvederà l'INPS all'esito della procedura di disconoscimento che, come già chiarito nella circolare n. 1/2017, è curata direttamente dall'INPS. Il verbale di accertamento deve essere trasmesso alle competenti strutture INPS affinché curi l'istruttoria della procedura di disconoscimento.

In altri termini, per quanto attiene al profilo previdenziale gli effetti attribuiti al certificato risultano comunque vincolanti, nei confronti delle istituzioni e delle autorità competenti ad effettuare attività di vigilanza, anche qualora queste ultime abbiano riscontrato eventuali ipotesi di frode, abuso o elusione della normativa in materia di distacco, sino al loro eventuale ritiro ad opera dello Stato che li ha rilasciati ovvero sino alla decisione della Commissione amministrativa dell'Unione appositamente interessata dallo Stato ospitante.

In proposito, si evidenzia che la "Decisione A1-12 giugno 2009" della Commissione Amministrativa UE fissa le regole per l'applicazione della procedura di disconoscimento.

La procedura prevede una **prima fase** che si apre con **l'invio all'Istituzione estera interessata della formale richiesta di ritirare o di dichiarare non valido il documento in questione**. Nella medesima richiesta l'Istituto previdenziale dovrà esporre in maniera completa e dettagliata gli esiti degli accertamenti ispettivi in modo da supportare con adeguata motivazione, l'istanza di ritiro e/o di annullamento. Si precisa che nella richiesta occorrerà indicare anche la persona di contatto individuata nell'ambito del personale appartenente all'Istituto.

Nel caso in cui l'Istituzione estera competente non risponda entro 3 mesi dal ricevimento della domanda oppure non venga raggiunto un accordo tra le Istituzioni interessate, potrà essere avviata una **seconda fase** della procedura che avrà la durata massima di sei mesi; qualora, anche all'esito di tale seconda fase, non sia stato ancora possibile raggiungere un accordo, verrà interessata direttamente la competente Commissione Amministrativa UE (**terza fase**), la quale potrà decidere di ricorrere, a sua volta, al Comitato di conciliazione.

❖ *2. Il lavoratore in distacco transnazionale nelle catene di appalti/subappalti.*

Qualora le operazioni commerciali vedano il coinvolgimento di diversi operatori commerciali mediante la stipula di una pluralità di contratti tra loro collegati, di cui soltanto alcuni presentano il requisito della transnazionalità (c.d. operazioni complesse configurabili, ad esempio, nelle filiere degli appalti), **l'attività di vigilanza deve essere orientata alla disamina dei diversi rapporti contrattuali posti in essere**.

In termini generali, deve escludersi che la ricorrenza di una pluralità di contratti commerciali e di soggetti giuridici di diverse nazionalità sia di per sé indice di illiceità delle operazioni transnazionali.

Infatti anche le decisioni della Commissione UE n. 162/1996 e n. 181/2000 contemplano la possibilità che il distacco del lavoratore dallo Stato di stabilimento allo Stato ospitante/di impiego, sia seguito da un successivo

distacco presso altra/e impresa/e con sede nello stesso Paese ospitante/di impiego.

Nello specifico, sia la Decisione 162/1996 che la Decisione 181/2000 prevedono:

Nel quadro delle disposizioni di cui al punto 1 della presente Decisione, gli articoli 14, paragrafo 1, e 14 ter, paragrafo 1, continuano ad applicarsi, in particolare alle seguenti condizioni: a) Distacco del personale abituale: quando il lavoratore distaccato dall'impresa del Paese d'invio presso una impresa dello Stato di impiego, viene anche distaccato presso un'altra o altre imprese del Paese di impiego, purché tuttavia il lavoratore continui ad esercitare la sua attività per conto dell'impresa che l'ha distaccato. In particolare, questo caso si verifica quando l'impresa ha distaccato il lavoratore in un altro Stato membro affinché egli vi effettui il lavoro successivamente o simultaneamente in due o più imprese situate nello stesso Stato membro.

Analogamente la nota INL prot. n. 4833 del 5 giugno 2017 ha avuto già modo di precisare che tali operazioni risultano ammissibili ponendo tuttavia l'accento sulla necessità che le stesse siano oggetto di una valutazione complessiva che attenga sia al contratto commerciale "transnazionale" sia al contratto commerciale di diritto italiano.

Nello specifico la nota precisa che tali operazioni sono ammissibili *"a condizione che nella fattispecie concreta siano riscontrabili gli elementi di autenticità dell'intera operazione negoziale posta in essere, sia ai sensi dell'art. 3, del Decreto n. 136 per tutti e tre i soggetti coinvolti, sia nel rispetto della normativa nazionale in tema di liceità dell'appalto, distacco e somministrazione di manodopera con riferimento ai rapporti intercorrenti tra soggetto distaccatario e committente". Ciò in quanto "gli elementi che integrano le fattispecie di distacco non autentico possono essere molteplici e di diversa natura, connessi ad esempio alla costituzione in Italia di una attività imprenditoriale, su base stabile e continuativa, che risulta sconosciuta alle pubbliche amministrazioni nazionali oppure alla circostanza che l'impresa distaccante ovvero la filiale in Italia sia una società fittizia/di comodo, non esercitando alcuna attività produttiva ma di mera gestione amministrativa del personale, o ancora che l'impresa distaccante non presti alcun servizio ma si limiti a fornire solo il personale in assenza della relativa autorizzazione all'attività di somministrazione (cfr. altresì decisioni n. 162/1996 e n. 181/2000 nonché A2 del 2009)"*

Le suddette operazioni commerciali sono riscontrabili, in concreto, soprattutto nelle catene di appalti/subappalti. Secondo quanto già chiarito dalla nota del 5 giugno, il personale ispettivo è chiamato in tali casi a verificare la sussistenza dei requisiti di liceità con riferimento alla prestazione transnazionale di servizi, alla stregua degli elementi previsti dall'art. 3 del D.Lgs. n. 136/2016, mentre per quanto attiene al contratto di appalto/subappalto di diritto italiano, ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003.

A titolo esemplificativo si pensi al caso in cui, a fronte di un contratto di appalto tra due operatori italiani (committente e appaltatore) per l'esecuzione di una opera, per effetto di un successivo subappalto tra l'appaltatore (italiano) e un operatore straniero (subappaltatore), quest'ultimo invii propri dipendenti in distacco transnazionale presso la sede del committente –destinatario finale della prestazione- ove viene eseguito l'appalto.

Si è quindi in presenza di due distinte, anche se connesse, operazioni commerciali, l'una disciplinata dall'ordinamento italiano (contratto di appalto) da valutare ai sensi dell'art. 29 D.Lgs. n. 276/2003 e l'altra (contratto di subappalto) da valutare ai sensi di quanto previsto dal D.Lgs.n. 136/2016.

Volendo esemplificare, laddove **la società subappaltatrice "A" sia stabilita all'estero e le società appaltatrice "B" e committente "C" operino in Italia**, il personale ispettivo dovrà valutare:

- **l'autenticità del distacco dei lavoratori dipendenti della società "A" in favore della società "B"** in virtù

della prestazione di servizi consistente nell'oggetto del contratto di subappalto, alla stregua degli elementi di cui all'art. 3 D.lgs. n. 136;

- **l'eventuale illiceità del contratto di appalto stipulato tra le società "B" appaltatrice e "C" committente alla luce dell'art. 29 D.lgs. n. 276/2003;**
- **l'eventuale responsabilità della società committente "C" nella fattispecie di distacco transnazionale non autentico ai sensi dell'art. 3, comma 4, D.Lgs. n. 136/2016**.

Ciò significa che sarà possibile ricostruire l'intera vicenda in termini unitari e ravvisare una responsabilità in capo al soggetto committente per violazione delle disposizioni in materia di distacco transnazionale, esclusivamente **nella misura in cui sia possibile dimostrare che la stipula del contratto di appalto è illecita in quanto preordinata all'utilizzo di personale in distacco in contrasto con le disposizioni del Decreto n. 136**.

A tal fine, sarà necessario prestare particolare attenzione ai seguenti elementi:

- l'inadeguatezza del corrispettivo economico pattuito nel contratto rispetto al suo oggetto;
- l'incoerenza delle lavorazioni oggetto del contratto di appalto rispetto all'oggetto sociale dell'appaltatore;
- l'inadeguatezza dell'organico aziendale dell'appaltatore;
- la sostanziale irrilevanza dell'attività economica riconducibile all'appaltatore;
- l'eventuale regime di monocommittenza in cui opera l'appaltatore;
- la ripetizione tra i medesimi soggetti giuridici – italiani e stranieri – di tali operazioni commerciali

Qualora risulti **provato che il contratto di appalto sia preordinato all'acquisizione illecita di lavoratori in distacco**, sarà possibile contestare a tutti i soggetti della filiera l'illecito di cui all'art. 3, comma 4, e ove sia altresì riscontrato, ad esempio, l'elusione delle condizioni di lavoro di cui all'art. 4 (ad esempio, come accennato sopra, l'elusione del trattamento retributivo oppure della disciplina in materia di orario di lavoro) anche il reato di cui all'art. 38 *bis* D.lgs. n. 81/2015, secondo quanto chiarito dalla circolare n. 3/2019. Di conseguenza, in entrambi i casi, i lavoratori saranno considerati alle dipendenze del committente finale ("C").

Diversamente, **laddove non sia possibile provare l'uso strumentale del contratto di appalto ai fini del distacco illecito di manodopera** potrà essere comunque contestata l'illiceità del distacco transnazionale tra appaltatore e subappaltatore, ove lo stesso non risulti genuino, con imputazione del lavoratore alle dipendenze del soggetto distaccatario (appaltatore/subappaltante "B").

Sostanzialmente analoga all'ipotesi della catena di subappalti è il caso dell'appalto tra committente (stabilito in Italia) e consorzio (stabilito in Italia), cui consegua affidamento dell'esecuzione dell'appalto ad una consorziata stabilita in altro Paese UE (o extraUE). In relazione a tali fattispecie, infatti, la giurisprudenza si è pronunciata favorevolmente all'estensione del regime di solidarietà di cui all'art. 29, comma 2 D.Lgs. n. 276/2003 a tali fattispecie sull'assunto che il negozio di affidamento tra consorzio e consorziata debba essere assimilato ad un contratto di subappalto (Cass. n. 6208/2008, interpello INL n. 2 del 2012).

❖ *3. Operazioni transnazionali e caporalato*

Occorre altresì tener conto della possibile configurabilità del **delitto di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo (cd. caporalato)**, fattispecie che si distingue sia dal distacco non autentico che dalla somministrazione fraudolenta.

L'art. 603 *bis* c.p. individua, **due autonome condotte penalmente rilevanti:** l'una di reclutamento della manodopera oggetto di intermediazione/sfruttamento ricondotta al reclutatore/caporale (**intermediazione illecita**) e l'altra di utilizzo della manodopera oggetto di sfruttamento ricondotta al datore di lavoro/utilizzatore, anche mediante la preventiva attività di intermediazione del "caporale".

Entrambe le condotte sono caratterizzate dall'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori.

Gli elementi costitutivi del reato di intermediazione, possono ricorrere anche nei confronti di imprese straniere che provvedano a fornire manodopera ad operatori italiani. In tal caso, anche laddove il personale "reclutato" provenga da uno Stato membro dell'UE, **l'indagine ispettiva andrà condotta secondo le indicazioni della circolare n. 5/2019**, non vertendo più in una ipotesi di **distacco transnazionale non autentico**.

A tale riguardo appare utile differenziare **l'ingaggio/assunzione del lavoratore da parte dell'impresa straniera - riscontrabile sia nelle fattispecie di distacco non autentico che nella somministrazione fraudolenta - dall'attività di reclutamento del caporalato.** Quest'ultima, infatti, si sostanzia in una attività di vero e proprio procacciamento di manodopera da parte dell'impresa straniera con approfittamento della situazione di debolezza/stato di bisogno del lavoratore che quindi è costretto ad accettare le deteriori condizioni di lavoro per far fronte alle esigenze primarie, proprie e dei suoi familiari. A tal fine risulta indifferente che l'attività di reclutamento avvenga in Italia o nello Stato estero, così come non rileva la nazionalità del lavoratore.

In ogni caso ciò che soprattutto rileva ai fini della distinzione delle fattispecie è la riscontrata sussistenza della condizione di sfruttamento che come noto è rinvenibile in ragione dei seguenti indici:

1) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionata rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato. In tal caso, lo pseudo distacco transnazionale viene utilizzato solo quale leva di reclutamento di soggetti in stato di bisogno, pertanto non appare possibile fare riferimento ai parametri individuati dalla circolare n. 1/2017 in materia di trattamento retributivo complessivo, ai fini della verifica del rispetto dei trattamenti minimi.
2) la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie;
3) la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro;
4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.

Per le ulteriori precisazioni sull'attività di carattere investigativo, si rinvia ai chiarimenti forniti con Circolare n. 5/2019, evidenziando che trattandosi di attività di polizia giudiziaria, fatta salva una prima fase di indagine, va svolta in stretto coordinamento con le competenti Procure e i Carabinieri del Comando per la tutela del lavoro.

❖ *4. Impresa straniera e lavoro nero*

Come già chiarito in precedenti circolari (cfr. circolare 1/2017), l'**ipotesi di distacco non autentico non risulta assimilabile alla fattispecie di "lavoro nero"** (cfr. circolare 1/2017) per cui è esclusa l'applicazione delle conseguenze sanzionatorie della c.d. maxisanzione.

In concreto, dunque, laddove venga riscontrata la sussistenza di una operazione commerciale tra soggetti giuridici italiani e stranieri – riconducibile ad una prestazione transnazionale di servizi - **l'attività di vigilanza deve essere orientata a verificare gli elementi riassunti nel precedente paragrafo 1 ed in particolare l'autenticità del distacco ai sensi dell'art. 3.**

In casi del tutto residuali, in cui manca qualsiasi documentazione inerente la procedura di distacco secondo quanto richiesto dall'art. 10 (comunicazione di distacco, Modello A1, prova della regolare assunzione del lavoratore nel Paese di origine e ulteriori documenti previsti dalla norma), e non sia riscontrabile alcuna operazione commerciale (contratto tra le due società) nonché alcun elemento probatorio in ordine all'ingaggio all'estero dei lavoratori, la fattispecie non verrà ricostruita in termini di prestazione transnazionale di servizi e sarà, conseguentemente, possibile contestare il lavoro nero.

Nello specifico, affinché le situazioni sopra richiamate possano essere ricondotte alle fattispecie di lavoro nero occorre che il personale ispettivo riscontri le seguenti condizioni:

1) **assenza delle comunicazioni, Mod. A1 e adempimenti amministrativi** di cui all'art. 10 citato;
2) **ingaggio del lavoratore in Italia:** tale prova sarà suffragata non solo dall'acquisizione di elementi afferenti alle modalità d'ingaggio ma anche dal sostanziale "stabilimento" del lavoratore in Italia (residenza, famiglia etc.).

   In tali casi bisogna distinguere:

   a) se **l'utilizzatore stabilito in Italia abbia provveduto ad ingaggiare il lavoratore ed esercita altresì il potere direttivo, la maxisanzione sarà contestata a quest'ultimo**;

   b) se invece è **l'impresa straniera ad ingaggiare il lavoratore e ad esercitare il potere direttivo** la contestazione del lavoro nero passa attraverso la prova che l'azienda straniera eserciti di fatto attività di impresa in Italia senza aver effettuato i necessari adempimenti di legge. **In quest'ultima circostanza gli ispettori provvederanno a irrogare la c.d. maxisanzione per lavoro nero al titolare/legale rappresentante della "sedicente/presunta" impresa straniera e ad effettuare la segnalazione all'Agenzia delle Entrate/Guardia di Finanza affinché procedano con le ulteriori attività di competenza**.

In caso di riscontro delle situazioni di irregolarità imputabili all'impresa straniera (cfr. punto - 3.b), si ritiene che **debba escludersi l'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività nei confronti dell'impresa straniera,** atteso che la mancata esibizione, al momento dell'accesso ispettivo, dei documenti comprovanti la comunicazione di distacco, l'assunzione nel Paese di provenienza o l'A1 non sono da ritenersi di per sé dirimenti ai fini dell'adozione di tale provvedimento come avviene in relazione al mancato riscontro della comunicazione obbligatoria di assunzione.

Come già accennato, infatti, i documenti in questione vengono acquisiti nel corso dell'attività ispettiva ed in particolare il modello A1 potrebbe essere rilasciato dall'autorità straniera anche successivamente all'accesso ispettivo e lo stesso coprirebbe legittimamente tutto il periodo di distacco.

Esemplificazioni:

CASO PRATICO 1 (modello A1): in sede di accertamento viene esibito un modello A1 che copre solo un periodo del distacco inferiore rispetto alla durata indicata nella comunicazione e confermata dal lavoratore. In tal caso, per il periodo non coperto dal modello, laddove sussistano anche le altre condizioni suindicate, ricorre la fattispecie del lavoro nero.

CASO PRATICO 2 (mancata esibizione/conservazione documentale): in un cantiere vengono trovati 10 lavoratori in distacco transnazionale. Per 2 di questi lavoratori, che risultano ingaggiati all'estero, si rinviene solo la comunicazione preventiva di distacco ma nessun altro tipo di documento, né tantomeno i modelli A1. Il personale ispettivo dovrà verificare l'autenticità del distacco posto in essere con riferimento ad ogni singolo lavoratore coinvolto. Se il distacco risulta genuino per tutti lavoratori coinvolti, la mancanza documentale comporterà le sole conseguenze sanzionatorie relative agli adempimenti amministrativi di cui all'art. 12, comma 2, del Decreto n. 136.

CASO PRATICO 3 (stand fieristico e lavoro nero): una impresa "A" stabilita in un altro Stato Membro si reca in Italia per presentare i suoi prodotti ad una fiera del proprio settore. Come addetti allo stand ingaggia lavoratori in Italia senza regolare contratto di lavoro. In questo caso non si applica la normativa sul distacco transnazionale perché al di fuori delle tre ipotesi di prestazione di servizi di cui all'art. 1.3 Dir. 96/71/CE. La conseguenza sanzionatoria è l'applicazione della c.d. maxisanzione nei confronti del titolare/legale rappresentante dell'impresa

❖ *5. Agenzie del lavoro comunitarie ed attività di somministrazione*

Preliminarmente, occorre distinguere ai fini della vigilanza le fattispecie di **somministrazione transnazionale di lavoratori** consistenti nell'invio di lavoratori dal Paese di stabilimento dell'Agenzia di somministrazione comunitaria in Italia, dall'ipotesi in cui l'Agenzia straniera abbia aperto una sede nel nostro Paese e la somministrazione riguardi lavoratori assunti dalla sede italiana: in tale ultimo caso, infatti, trovano esclusiva applicazione le norme del nostro ordinamento.

▪ Somministrazione transnazionale di lavoratori

L'art. 1, commi 2 e 3, del Decreto n. 136 disciplina l'ipotesi della **somministrazione transnazionale di lavoratori**, ossia **la possibilità per le agenzie del lavoro aventi sede in un altro Stato membro di distaccare lavoratori presso imprese** utilizzatrici **aventi sede o unità produttive in Italia**, qualora dimostrino di operare in forza di un provvedimento amministrativo equivalente alla autorizzazione di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 276/2003, rilasciato dalle competenti autorità dello Stato di provenienza, ove prevista dalla normativa di tale Stato.

Tale condizione è sufficiente per consentire la somministrazione di lavoratori in Italia, non risultando a tal fine necessaria l'apertura di una sede nel nostro territorio, né il rilascio dell'autorizzazione da parte del nostro Paese ai sensi del richiamato articolo 4, né l'iscrizione all'albo italiano delle agenzie di somministrazione.

Va tuttavia considerato che la normativa di alcuni Stati membri non richiede alcun provvedimento autorizzatorio per lo svolgimento dell'attività di somministrazione di lavoro; pertanto, il personale ispettivo dovrà verificare che tale mancanza risulti legittima in base alla normativa del Paese di stabilimento dell'agenzia.

L'assenza del provvedimento autorizzatorio, ove lo stesso sia previsto nel Paese di stabilimento, costituisce un elemento di rilievo, pressoché determinante, ai fini del disconoscimento dell'autenticità del distacco laddove il contratto commerciale sia riconducibile, esclusivamente, ad una attività di somministrazione.

Nelle ipotesi in cui sia presente un provvedimento autorizzatorio (o la sua assenza sia legittima in base alla normativa del Paese di stabilimento), il personale ispettivo sarà chiamato invece a verificare, come di prassi nelle vigilanze in materia, che la società straniera non sia "fittizia" acquisendo elementi utili a ritenere effettiva e non irrilevante l'attività svolta nel Paese di provenienza; a tal fine dovrà acquisire e valutare con particolare attenzione i seguenti documenti:

- certificato della camera di commercio del Paese di provenienza;
- documenti attestanti la forza lavoro impiegata nella sede/i di lavoro;
- documenti fiscali, fatturato complessivo e quello realizzato nel Paese di provenienza.

A tale ultimo riguardo, va considerato che le agenzie straniere di somministrazione spesso esercitano ulteriori attività di impresa, pertanto, appare opportuno acquisire il fatturato complessivo e quello specificatamente afferente all'attività di somministrazione. Unitamente a tali elementi, andranno altresì vagliati, nell'ottica della cd. "valutazione complessiva" di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 136/2016, i seguenti ulteriori indici di genuinità del distacco, che assumono maggiore rilevanza ai fini del controllo sull'Agenzia, quali, ad esempio:

- la temporaneità del distacco anche in rapporto all'eventuale passaggio dei lavoratori tra più agenzie di somministrazione;
- le modalità di ingaggio dei lavoratori;
- l'effettiva attività lavorativa svolta nel Paese di stabilimento e la tempistica del distacco rispetto all'assunzione;
- le modalità di pagamento della retribuzione;
- la pregressa permanenza dei lavoratori in Italia quali dipendenti di imprese italiane, la loro eventuale residenza nel nostro Paese;
- precedenti rapporti di lavoro instaurati presso imprese italiane ed eventuale percezione di prestazioni erogate da INPS;
- l'eventuale precedente rapporto di lavoro presso la stessa impresa italiana alla quale siano stati successivamente inviati i medesimi lavoratori (sarà rilevante ad esempio verificare se i lavoratori siano stati precedentemente licenziati dalla stessa azienda presso cui sono distaccati).

In definitiva, tenuto conto che si tratta di Agenzie autorizzate, gli organi di vigilanza - proprio per non vanificare i risultati dell'accertamento - devono effettuare una **analisi più dettagliata** dei vari elementi di fatto, riscontrati in concreto, ai fini di una valutazione complessiva dell'eventuale meccanismo illecito posto in essere.

Caso pratico: Agenzie del Lavoro straniere autorizzate all'attività di somministrazione

La fattispecie riguarda la **somministrazione transnazionale di lavoratori** da parte di Agenzie del lavoro straniere in possesso di autorizzazione del Paese di provenienza. Tali Agenzie assumono, in un altro Stato membro, lavoratori di varie nazionalità, che vengono impiegati con mansioni di autista presso imprese utilizzatrici ubicate in Italia. In sede di accertamento, il personale ispettivo ha riscontrato i seguenti elementi:

- per alcuni lavoratori l'esistenza di precedenti rapporti di lavoro in Italia con altre imprese; gli stessi risultavano altresì percettori della Naspi;
- un lavoratore era stato licenziato dall'utilizzatore italiano, per poi essere assunto dall'Agenzia del lavoro straniera e inviato presso il medesimo utilizzatore;
- la maggior parte del personale, di nazionalità italiana, era stato assunto da meno di un mese prima del distacco;
- alcuni lavoratori erano stati assunti prima da una Agenzia del lavoro e successivamente da una altra per

essere inviati, in entrambi i casi, presso il medesimo utilizzatore italiano;
- per altri lavoratori l'utilizzatore effettuava il pagamento diretto della retribuzione o acconti fuori busta.
Con riferimento al caso concreto, sebbene siano stati riscontrati diversi elementi rilevanti ai fini dell'illiceità **dell'operazione** posta in essere, sarebbe stato comunque utile verificare le seguenti circostanze:

a) **per l'agenzia del lavoro**, l'effettiva attività svolta nel Paese di stabilimento al fine di accertare se si trattasse di una società fittizia o se l'attività economica fosse irrilevante;

b) riguardo **all'utilizzatore italiano**, se avesse in forza proprio personale dipendente.

- **La verifica delle condizioni di lavoro**

Riguardo al **trattamento da riconoscere ai lavoratori somministrati**, **l'art. 4, comma 3, D.Lgs. n. 136 stabilisce che trovano applicazione le disposizioni di cui all'art. 35, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 81/2015.**

In particolare, in presenza di un rapporto di somministrazione transnazionale di lavoro "*per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore, i lavoratori del somministratore hanno diritto, a parità di mansioni svolte,* ***a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelli dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore***"(art. 35, comma 1).

In altri termini, per i lavoratori somministrati a livello transnazionale, viene garantita una **sostanziale parità di trattamento rispetto ai lavoratori italiani alle dipendenze dell'utilizzatore**, **sia per quanto concerne i profili normativi che per quelli retributivi, trovando integrale applicazione la contrattazione collettiva dell'impresa italiana utilizzatrice.**

Ciò significa che nell'ipotesi di somministrazione transnazionale di lavoro la parità di trattamento di cui all'art. 35, comma 1, è ancor più incisiva rispetto a quella prevista per i lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi consistente in un contratto di appalto. Per quest'ultimi, infatti, tale parità risulta **riferita ai livelli minimi di condizioni di lavoro e alle materie di cui all'art. 2,comma 1, lett. e) del D. Lgs n. 136/2016 cd "nocciolo duro"** (cfr. art. 4, comma 1,- circ. INL 1/2017 e circ. ML n. 14/2015).

Si ricorda, inoltre, che la violazione delle disposizioni di cui all'articolo 35, comma 1, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 a 1.250 da irrogare sia nei confronti del somministratore che dell'utilizzatore (art. 40, D.Lgs. n. 81/2015).

Inoltre, nelle fattispecie transnazionali trova applicazione anche il regime della responsabilità solidale ovvero "***l'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore*** *a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e a versare i relativi contributi previdenziali, salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore*" (art. 35, comma 2).

Anche per la somministrazione transnazionale, infine, trovano applicazione le disposizioni dell'art. 10 del D.lgs. n. 136/2016 in relazione agli adempimenti amministrativi.

- ***Ulteriori sanzioni a carico dell'utilizzatore***

Anche nelle ipotesi di somministrazione transnazionale, trovano applicazione, nei confronti del solo utilizzatore italiano, le sanzioni di cui all'art. 40 del **D.Lgs. n. 81/2015.**

In particolare troverà applicazione:

a) **la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 a 1.250 – per l'ipotesi di violazione dei divieti di cui all'art. 32** (per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 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; 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; 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 stipulazione di un contratto di somministrazione che viola i divieti sopra riportati potrà altresì rilevare quale circostanza ulteriore ai fini della valutazione della illiceità del distacco transnazionale ai sensi dell'art. 3, comma 3 lett.i).

b) **la sanzione per il superamento dei limiti numerici e per la violazione della comunicazione annuale a carico dell'utilizzatore**

L'osservanza del **limite percentuale per l'attivazione di contratti di somministrazione consentito dei lavoratori in somministrazione**, sancito dall'art. 31, D.Lgs. n. 81/2015, deve evidentemente tener conto anche del personale in somministrazione transnazionale. Gli stessi lavoratori devono essere indicati nella **comunicazione annuale obbligatoria effettuata dall'utilizzatore** e relativa ai lavoratori somministrati ai sensi dell'art. 36 del medesimo Decreto.

Al riguardo, si ricorda il regime sanzionatorio dell'art. 40, D.Lgs. n. 81 sulla base del quale la violazione degli obblighi di cui all'art. 31 e all'art. 36, comma 3 è punita, per il solo utilizzatore, con la **sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 a 1.250**.

- **Apertura di una sede su territorio italiano**

Nel caso in cui l'Agenzia del lavoro situata in un altro Stato membro intenda **aprire una sede/stabilimento su territorio italiano,** anche al fine di assumere direttamente in Italia personale da somministrare, occorre riferirsi all'art. 4 del D.Lgs. n. 276/2003 il quale prevede l'iscrizione nell'apposita sezione dell'albo italiano delle agenzie per il lavoro istituito presso l'Anpal, nonché all'art. 5 del medesimo decreto che indica i requisiti giuridici e finanziari richiesti per l'iscrizione a detto albo.

Nello specifico, come chiarito nell'interpello n. 31/2014, l'agenzia di somministrazione in possesso di provvedimento autorizzatorio di altro Stato membro, equivalente a quello rilasciato in Italia (cfr. ML circ. n.7/2005), proprio in forza di tale provvedimento è tenuta a presentare **una mera richiesta di iscrizione presso l'apposito albo italiano e non anche una nuova istanza di autorizzazione allo svolgimento dell'attività di somministrazione**. La medesima agenzia sarà inoltre tenuta, ex art. 5, comma 2, lett. c), a stipulare una **specifica garanzia fideiussoria** di 350.000,00 euro, qualora non abbia assolto ad "*obblighi analoghi*" nel rispetto della normativa dello Stato membro di origine.

In ordine al concetto di "*obblighi analoghi*", si ritiene che lo stesso vada inteso nel senso della esistenza di obblighi legati alla medesima *ratio* e quindi finalizzati ad una effettiva tutela dei lavoratori somministrati.

Ad ogni modo, va precisato che laddove l'Agenzia in argomento assuma direttamente nella sede italiana personale da somministrare, per tale personale trova integrale applicazione la normativa interna di cui al D.Lgs. n. 276/2003 e D.Lgs. n. 81/2015, analogamente a quanto avviene per le Agenzie del Lavoro italiane.

Adempimenti per l'Agenzia del lavoro comunitaria

- Procedere ad una iscrizione presso l'Albo informatico italiano delle Agenzie per il lavoro (tramite il portale www.cliclavoro.gov.it.
- Produrre tutta la documentazione richiesta ai sensi del Decreto Legislativo n. 276/2003 e successive norme attuative.
- Per svolgere attività di somministrazione di lavoratori secondo la legislazione italiana si richiede, al pari delle aziende già operanti in Italia, quanto segue:
  - se l'agenzia si è rivolta a uno studio legale per il disbrigo dei relativi adempimenti, la richiesta di iscrizione ed il conferimento dell'incarico da parte del legale rappresentante della medesima agenzia come da iscrizione nei registri di Impresa del paese di provenienza;
  - l'autorizzazione della società richiedente l'iscrizione;
  - la certificazione della vigenza dell'autorizzazione, rilasciata dalla medesima autorità che l'ha emessa, ove al momento della presentazione della domanda di iscrizione all'Albo italiano siano trascorsi più di 6 mesi dal rilascio della medesima;
  - l'atto costitutivo e lo statuto della società;
  - l'indicazione dell'eventuale numero di P. Iva in Italia o registrazione INPS.
  - il numero di iscrizione al registro delle imprese, con indicazione dei dati del rappresentante, degli amministratori e certificazione o autocertificazione di assenza di procedimenti penali in corso o di carichi giudiziari definiti;
  - la polizza fideiussoria di 350.000,00 euro, ai sensi dell'art. 5, comma 2, lettera c) del Decreto n. 276 (cfr. ML interpello n. 31 /2014, nonché circolare n. 14/2015).