

LINEE GUIDA PER L'ATTIVITÀ ISPETTIVA IN MATERIA DI DISTACCO TRANSNAZIONALE

PREMESSE

a) PRESTAZIONE DI SERVIZI

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.

Per “servizi” si intendono tutti i settori economico-produttivi in cui il personale ispettivo può riscontrare fattispecie di distacco transnazionale (edilizia, agricoltura, terziario etc...) e, comunque, a mero titolo esemplificativo, le attività di carattere *industriale, commerciale, artigianale* e le *libere professioni*.

Per “prestazione di servizi” si intendono la filiera degli appalti e subappalti di opere e di servizi e la somministrazione di lavoro. Si intendono, inoltre, le prestazioni tra imprese stabilite in diversi paesi (joint venture, consorzi, ATI, contratti di rete etc...).

La prestazione di servizi deve comportare l'espletamento di attività lavorative temporanee in favore di un destinatario situato su territorio italiano (impresa distaccataria appartenente al medesimo gruppo, unità produttiva, filiale, sede operativa della azienda straniera distaccante, diverso soggetto committente).

b) LAVORATORE IN DISTACCO TRANSNAZIONALE

E' un lavoratore distaccato il lavoratore abitualmente occupato in un altro Stato membro che, nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, per un periodo limitato, predeterminato e predeterminabile in base a un evento futuro e certo, svolge il proprio lavoro in un altro paese UE.

Non è un lavoratore distaccato il lavoratore che, seppur inviato a lavorare in un altro stato membro, non fornisce una prestazione di servizi (partecipazione a convegni, fiere, manifestazioni e riunioni).

1. OGGETTO DELL'ATTIVITÀ ISPETTIVA

a) REGOLARITÀ DOCUMENTALE DEL DISTACCO – LA FIGURA DEL REFERENTE

Ai fini della **regolarità amministrativa e documentale del distacco** sono necessari:

- comunicazione preventiva di distacco (portale INL - “cruscotti” - “distacco transnazionale UE”);
- contratto di lavoro tra lavoratore e azienda straniera distaccante;
- [modello A1](#) (certificato relativo alla legislazione di sicurezza sociale applicabile);
- comunicazione/registrazione pubblica di instaurazione del rapporto di lavoro nel Paese di origine;
- prospetti paga, prospetti con indicazione inizio e fine orario di lavoro giornaliero.

Il **referente** del prestatore di servizi straniero può essere:

- un lavoratore dell'impresa distaccante;
- una persona esterna all'azienda;
- una persona di fiducia del distaccante;
- il soggetto distaccatario;
- un consulente del lavoro, un altro professionista.

Il referente è incaricato di:

- esibire, inviare e ricevere documenti in nome e per conto dell'impresa distaccante, le richieste di informazioni, la notifica dei verbali di primo accesso ispettivo e di contestazione delle violazioni riscontrate.

Il referente non è responsabile in solido con il prestatore di servizi degli obblighi di cui al D.Lgs n. 136/2016.

b) CONDIZIONI DI LAVORO E OCCUPAZIONE – RETRIBUZIONE (IMPORTI LORDI, INDENNITÀ E TRACCIABILITÀ DELLE SOMME EROGATE)

Per condizioni di lavoro e di occupazione, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. e) del D.Lgs n. 136/2016, si intendono:

- 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.

La finalità è 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 della contrattazione applicabile¹ (*contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria*).

Per la comparazione tra la retribuzione corrisposta al lavoratore distaccato e la retribuzione dovuta ai sensi della contrattazione collettiva applicata in Italia, va preso in considerazione l'importo lordo delle somme erogate e non i singoli elementi costitutivi, i quali dovrebbero comunque essere individuati in modo dettagliato, per consentire la comparazione degli importi complessivi.

Sul punto si rileva che per “*retribuzione dovuta ai sensi della contrattazione collettiva*”, nel settore dell'edilizia, non può che intendersi l'insieme delle prestazioni stabilite dal contratto collettivo, sia al livello nazionale che territoriale (ivi compresi gli accantonamenti di parte della retribuzione in Cassa Edile).

Pertanto, al fine di garantire la suddetta equiparazione retributiva, le imprese distaccanti comunitarie dovranno procedere all'iscrizione in Cassa Edile del personale distaccato laddove nel paese di origine non sia prevista una copertura analoga a quella prevista per i lavoratori nazionali².

La CNCE ha sottoscritto specifiche convenzioni con i paesi nei quali esistono enti analoghi alle Casse Edili (Francia³, Austria⁴, Germania⁵, Repubblica di San Marino⁶) al fine di garantire il reciproco riconoscimento dei versamenti presso i propri Enti.

¹ Ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs n. 136/2016 che richiama l'art. 51 del D.Lgs n. 81/2015.

² Cfr. Protocollo del 9/04/2013 sottoscritto dalle parti sociali dell'edilizia e il Ministero del Lavoro

³ Cfr. comunicazione Cnce n. 358/2008 – Comunicazione Ance del 4/08/2008

⁴ Cfr. comunicazione Cnce n. 358/2008 – Comunicazione Ance del 4/08/2008

⁵ Cfr. comunicazione Cnce n. 358/2008 – Comunicazione Ance del 4/08/2008

⁶ Cfr. Comunicazione Cnce n. 616/2017 – Comunicazione Ance del 7/04/2017

Non devono essere computate le voci relative ai rimborsi delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco. In particolare, sono escluse, quali parti della retribuzione, le spese di viaggio, vitto e alloggio (Cfr. Considerando n. 18 della Direttiva 2018/957, Circ. INL 1/2017⁷ e interpello n. 33/2010).

In caso di **somministrazione di lavoro** la contrattazione collettiva di riferimento è quella dell'impresa italiana utilizzatrice.

In merito alle disposizioni sulla tracciabilità delle retribuzioni (art. 1, co. 910 L. n. 205/2017), è stato evidenziato che le stesse non trovano applicazione nell'ipotesi di distacco transnazionale, stante la presenza di un obbligo simile con specifica sanzione (artt. 10 e 12 del D.Lgs n. 136/2016).

c) DISTACCO NON AUTENTICO E SOMMINISTRAZIONE FRAUDOLENTA – FATTISPECIE A CONFRONTO E REGIME SANZIONATORIO

Per verificare l' "**autenticità del distacco**" gli ispettori dovranno:

- valutare se l'impresa distaccante effettua attività diverse rispetto alla mera gestione o amministrazione del personale (Art. 3, co.2, D.Lgs n. 136/2016);
- valutare se il lavoratore sia realmente distaccato (Art. 3, co. 2 D.Lgs n. 136/2016).

A tal fine, dovranno essere acquisiti i seguenti documenti, che ove non esibiti, potranno essere richiesti all'Autorità straniera tramite la [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](#)⁸ (certificato relativo alla legislazione di sicurezza sociale applicabile).

Gli Ispettori dovranno, inoltre, accertare se il 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.

Per la consultazione dei casi esemplificativi di **distacco non autentico**, occorre fare riferimento alla circolare INL n. 1/2017⁹.

Quanto al **regime sanzionatorio**, è stato ribadito che, in caso di distacco non autentico, il distaccante e il distaccatario sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 50 per ogni lavoratore e per ogni giornata di occupazione. La sanzione non può, comunque, essere inferiore a euro 5.000 né superiore a euro 50.000. Il lavoratore sarà considerato alle dipendenze di chi ne ha utilizzato le prestazioni, fatti salvi gli effetti sotto il profilo contributivo connessi al disconoscimento del Mod. A1.

⁷ Cfr. Comunicazione Ance del 19/01/2017

⁸ con riferimento al modello A1 è stato chiarito che laddove il documento, pur rilasciato/emesso in ritardo, copra comunque l'intero periodo di distacco, non potrà essere contestata dal personale ispettivo la mancanza del suddetto attestato; ciò che rileva è la copertura previdenziale dell'intero periodo di distacco e non, invece, la data di rilascio del modello.

⁹ Cfr. Comunicazione Ance del 19/01/2017

Con riferimento al reato di **somministrazione fraudolenta** (Circ. INL n. 3/2019¹⁰), è stato ribadito che lo stesso si può verificare anche nelle fattispecie di distacco transnazionale, ogni qual volta il distacco non genuino sia funzionale all'elusione delle disposizioni dell'ordinamento interno e/o del contratto collettivo applicabile (es. mancato rispetto della normativa italiana in materia di orario di lavoro, o riconoscimento di una retribuzione inferiore rispetto a quella dovuta sulla base del contratto collettivo applicabile).

Sotto il profilo sanzionatorio è stato ricordato che, in tal caso, sarà applicata anche una sanzione penale dell'ammenda di euro 20 per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione. Il personale ispettivo adotterà il provvedimento di prescrizione, con ad oggetto la cessazione della condotta antiggiuridica (art. 15, D.Lgs n. 124/2004), salvo gli effetti in ordine all'aspetto contributivo connessi al disconoscimento del Modello A1.

2. IL LAVORATORE IN DISTACCO TRANSNAZIONALE NELLE CATENE DI APPALTI/SUBAPPALTI

Nelle ipotesi di catene di appalti/subappalti, il personale ispettivo dovrà analizzare i diversi rapporti contrattuali in essere e verificare la sussistenza dei requisiti di liceità relativi alla prestazione transnazionale di servizi (art. 3 D.Lgs n. 136/2006) e quelli relativi al contratto di appalto/subappalto (art. 29 D.Lgs. n. 276/2003). E' il caso in cui, ad esempio, a fronte di un contratto di appalto tra due operatori italiani (committente e appaltatore) per l'esecuzione di un'opera, per effetto di un successivo subappalto tra l'appaltatore (italiano) e un operatore straniero (subappaltatore), quest'ultimo invii i propri dipendenti in distacco transnazionale presso la sede del committente-destinatario finale della prestazione- ove viene eseguito l'appalto.

In questo caso si è in presenza di due distinte operazioni commerciali, l'una disciplinata dall'ordinamento italiano (contratto di appalto), l'altra (contratto di subappalto) da valutare ai sensi del D.Lgs. n. 136/2016.

ESEMPIO:

SUBAPPALTATRICE - IMPRESA A	APPALTATRICE - IMPRESA B	COMMITTENTE - IMPRESA C
è stabilita all'estero	opera in Italia	opera in Italia

L'ispettore dovrà valutare:

- l'autenticità del distacco dei lavoratori dipendenti dall'impresa A in favore dell'impresa B;
- l'eventuale illiceità del contratto di appalto stipulato tra le società B e C;
- l'eventuale responsabilità della società committente C nella fattispecie del distacco transnazionale non autentico.

Sarà possibile ravvisare una responsabilità in capo al committente per violazione delle disposizioni in materia di distacco transnazionale, solo se è 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 D.Lgs n. 136/2016.

A tal fine, gli ispettori dovranno valutare i 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;

¹⁰ Cfr. Comunicazione Ance del 21 Febbraio 2019

- 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 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, 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, (Circ. INL n. 3/2019¹¹). 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").

Con riferimento all'ipotesi 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), la giurisprudenza si è pronunciata favorevolmente all'estensione del regime di solidarietà, di cui all'art. 29, comma 2 D.Lgs. n. 276/2003, anche 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. OPERAI TRANSNAZIONALI E CAPORALATO

Il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (cd. **caporalato**) si differenzia sia dal distacco non autentico che dalla somministrazione fraudolenta.

L'intermediazione illecita – reclutamento di manodopera oggetto di intermediazione/sfruttamento ricondotta al reclutatore/capitale e **l'utilizzo della manodopera oggetto di sfruttamento** ricondotta al datore di lavoro/utilizzatore, anche mediante la preventiva attività di intermediazione del "capitale", sono due autonome condotte penalmente rilevanti, ai sensi dell'art. 603-bis c.p.. Tale reato può ricorrere anche nei confronti di imprese straniere che forniscono manodopera ad operatori italiani.

Se il personale reclutato proviene da uno Stato membro dell'UE, gli ispettori seguiranno le indicazioni della circolare dell'INL n. 5/2019 sull'attività ispettiva nelle ipotesi di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (Cfr. Allegato n. 2).

A tale riguardo, viene distinto 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 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. A tal fine, è indifferente che l'attività di reclutamento avvenga in Italia o nello Stato estero, così come non rileva la nazionalità del lavoratore.

Ciò che 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:

¹¹ Cfr. Comunicazione Ance del 21 Febbraio 2019

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;
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.

5. IMPRESA STRANIERA E LAVORO NERO

Il distacco non autentico non è assimilabile alla fattispecie di “lavoro nero” (Circ. INL n. 1/2017¹²) e, pertanto, non sarà applicata la maxisanzione.

Nell'ipotesi di un'operazione commerciale tra soggetti giuridici italiani e stranieri, i controlli ispettivi dovranno essere orientati a verificare l'autenticità del distacco ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs n. 136/2016.

Nell'ipotesi in cui manca la documentazione inerente la procedura del distacco, non è riscontrabile alcuna operazione commerciale tra le due società, non c'è alcun elemento probatorio in ordine all'ingaggio all'estero dei lavoratori, sarà possibile contestare il **lavoro nero**.

Se l'utilizzatore stabilito in Italia ha provveduto ad ingaggiare il lavoratore ed esercita il potere direttivo, la maxisanzione sarà contestata a quest'ultimo; 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 tale circostanza, gli ispettori provvederanno a irrogare la c.d. maxisanzione per lavoro nero al titolare/legale rappresentante della “presunta” impresa straniera e ad effettuare la segnalazione all'Agenzia delle Entrate/Guardia di Finanza, affinché procedano con le ulteriori attività di competenza.

6. AGENZIE DEL LAVORO COMUNITARIE E ATTIVITÀ DI SOMMINISTRAZIONE

La somministrazione transnazionale di lavoratori è la possibilità, per le agenzie del lavoro con sede in un altro Stato membro, di distaccare lavoratori presso imprese utilizzatrici con 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.

Alcuni stati membri non richiedono alcun provvedimento autorizzativo per lo svolgimento dell'attività di somministrazione ma, ove richiesto, costituisce un elemento di rilievo per l'attività ispettiva. Gli Ispettori verificheranno, tramite il sistema IMI, che tale mancanza sia giustificata in base al paese di stabilimento dell'agenzia.

Ai lavoratori somministrati a livello transnazionale viene garantita **parità di trattamento** rispetto ai lavoratori italiani alle dipendenze dell'utilizzatore, sia per i profili normativi che per quelli retributivi, con integrale applicazione della contrattazione collettiva dell'impresa italiana utilizzatrice.

Pertanto, nel caso di somministrazione di lavoro, la parità di trattamento è ancora più incisiva rispetto a quella preista per i lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi consistente in un contratto di appalto. In tali ultimi casi, infatti la parità è riferita solo ai

¹² Cfr. Comunicazione Ance del 19/01/2017

livelli minimi di condizioni di lavoro e alle materie di cui all'art. 2, co.1 lett. e) del D.Lgs n. 136/2016 (cfr. Circ. INL n. 1/2017¹³ e circ. ML n. 14/2015¹⁴).

La violazione delle disposizioni di cui all'articolo 35, comma 1 del D.Lgs n. 81/2015¹⁵, è punita con la **sanzione amministrativa pecuniaria** da euro 250 a 1.250, sia nei confronti del somministratore che dell'utilizzatore (art. 40, D.Lgs. n. 81/2015).

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 del D.Lgs n. 81/2015).

Al solo utilizzatore saranno irrogate, inoltre, le sanzioni di cui all'art. 40 del D.lgs n. 81/2015, (sanzione amministrativa pecuniaria da 250 a 1.250 € per i divieti di cui all'art. 32, sanzione per superamento limiti numerici e violazione della comunicazione annuale a carico dell'utilizzatore).

¹³ Cfr. Comunicazione Ance del 19/01/2017

¹⁴ Cfr. Comunicazione Ance del 14/04/2015

¹⁵ Parità di trattamento