

NUOVA DISCIPLINA E SISTEMA SANZIONATORIO  
DELL'APPALTO ILLECITO E DEL DISTACCO  
TRANSNAZIONALE ALLA LUCE DEL D.LGS. N.  
136/2016

*Brescia - 18 Novembre 2016*

*D. ssa Mariagrazia Lombardi - Direzione Generale Attività  
Ispettiva*

*Ministero del Lavoro e delle politiche sociali*



# ESTERNALIZZAZIONI DISSOCIAZIONE FRA TITOLARE FORMALE DEL CONTRATTO DI LAVORO E UTILIZZATORE DELLA PRESTAZIONE LAVORATIVA

**Appalto** (art. 1655 c.c. – art. 29, D. Lgs. 276/2003)

**Somministrazione** (artt. 30 – 40, D. Lgs. 81/2015)

**Distacco** (art. 30, D. Lgs. 276/2003)

# CRITICITÀ LEGATE ALLE FATTISPECIE DI ESTERNALIZZAZIONE

*Ex latere praestatoris*: rischio di elusione delle tutele inderogabili del diritto del lavoro, e di vanificazione dell'azione collettiva

*Ex latere datoris*: «calcolabilità» del rapporto costi/benefici (economico-giuridici) di operazioni commerciali complesse

# ART. 1655 C.C.

L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro.

# ART. 1656 C.C. - SUBAPPALTO

L'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente.

(cfr. Cass. 23903/2009, sul contratto di subappalto come contratto derivato)

# APPALTI ENDOAZIENDALI

Appalti svolti all'interno dell'impresa committente la quale affida ad un'impresa esterna (appaltatrice) lo svolgimento di determinate attività «inerenti al complesso ciclo produttivo del committente»

Contiguità

(Cfr. Cass. 17049/2008; interpello MLPS 37/2001)

# INDICI LEGALI DI GENUINITÀ DELL'APPALTO

- ❖ «Organizzazione dei mezzi»
- ❖ «Gestione a proprio rischio»

Nota bene. L. 122/2016 entrata in vigore il 23 luglio 2016, che modifica il co. 3, art. 29, D. Lgs. 276/2003 secondo le indicazioni della giurisprudenza comunitaria.

*«L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda»*

# 1. ORGANIZZAZIONE DEI MEZZI

Può anche «risultare, in relazione alle esigenze dell'opera del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto» (art. 29, D. Lgs. 276/2006)

Interpello MLPS 37/2011 (appalti a «bassa densità organizzativa», c.d. labour intensive)

## 2. IL RISCHIO D'IMPRESA

art. 1, lett. m punto 7 della Legge 30/2003

dell'art. 84 del D. Lgs. 276/2003 («Interposizione illecita e appalto genuino»)

Interpello MLPS 37/2011

Compiti di gestione amministrativa del rapporto di lavoro (retribuzione, turni presenza, assenza di facoltà di scelta di modalità e tempi di lavoro, ferie) → non concretano una reale organizzazione della prestazione finalizzata ad un risultato produttivo autonomo rispetto all'organizzazione del committente.

# FATTISPECIE INTERPOSITORIE PATOLOGICHE

Appalto illecito («mere prestazioni di lavoro»)

Somministrazione irregolare

(Cass. sez. penale n. 2583 del 2004)

**Imputazione del rapporto di lavoro al committente  
(utilizzatore)**

# IMPUTAZIONE DEL RAPPORTO ALL'UTILIZZATORE (PSEUDO COMMITTENTE)

**Rimedio civilistico** ex art. 38, co. 1, D. Lgs. 81 /2015 in caso di somministrazione irregolare. (Norma ex art. 38 sanzione di ogni caso in cui ci si avvalga direttamente di lavoratori formalmente dipendenti da un soggetto diverso da quello che ne utilizza le prestazioni)

**Automatismo** nella disciplina previgente, ex art. 21, co. 4, D. Lgs. 276/2003 → mancanza di forma scritta

# SANZIONI ULTERIORI

Sanzioni penali e amministrative (art. 40, d. Lgs. 81/2016)

Non più previste le sanzioni penali nel caso di somministrazione fraudolenta, ex art. 28, D. Lgs. 276/2003 «specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore»

# LA TUTELA DEL CREDITO DEI LAVORATORI

❖ Azione diretta del lavoratore nei confronti del committente (art. 1676 c.c.)

Alternatività dei due strumenti

❖ Responsabilità solidale (art. 29, D. Lgs. 276/2003)

# AZIONE DIRETTA

**Art. 1676 c.c.:** «Coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda»



Azione diretta nei confronti dell'appaltante per il pagamento dei trattamenti retributivi e previdenziali non corrisposti dall'appaltatore, fino a concorrenza del debito

Si prescrive in 5 anni.

Applicabile al subappalto?

# ELEMENTI FONDAMENTALI PER L'ATTIVAZIONE DEL MECCANISMO DELLA SOLIDARIETÀ

- 1) Rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di un imprenditore/appaltatore (requisiti ex art. 1655 c.c.)
- 2) Esecuzione della prestazione lavorativa in attuazione dell'appalto
- 3) Credito di lavoro inadempito
- 4) Credito «commerciale» (ancora) inadempito

# LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE

**Art. 29, D. Lgs. 276/2003:** «In caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto»

# LIMITAZIONI SOGGETTIVE

Solidarietà estesa alla catena commerciale

Riferimento al «datore di lavoro», ma cfr. co. 3-ter: «(...)», le disposizioni di cui al comma 2 non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale» (il riferimento è dunque alla stabilità e non occasionalità dell'attività esercitata)

Lavoratori subordinati (benchè si parli genericamente di «lavoratori»)

Esclusi i committenti pubblici (o no?)

# LIMITAZIONI OGGETTIVE

- ❑ Ampia latitudine applicativa
- ❑ Trattamento retributivo e contributivo (ex lege, CCNL, contratto individuale), premi assicurativi
- ❑ Nessun limite «quantitativo»
- ❑ Limite temporale (due anni)

# LA TUTELA DEL CREDITO DEGLI ENTI PREVIDENZIALI, ASSICURATIVI E FISCALI

Combinato disposto art. 29, co. 2, D. Lgs. 276/2003 e  
art. 35, co. 28, D. L. 223/2006:



Solo appaltatore e subappaltatore sono responsabili in solido per l'effettuazione e il versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e dei contributi assicurativi obbligatori dei dipendenti cui è tenuto il subappaltatore

# ESTENSIONE DEL REGIME EX ART. 29, D. LGS. 276/2003

Le disposizioni di cui all'art. 29 si applicano anche in relazione ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo, mentre non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 165/2001 (art. 9, co. 1, D. L. 76/2013)

# IL BENEFICIUM ESCUSSIONIS (INTRODOTTO DALLA L. 92/2012)

- ❖ Art. 29, co. 2: «Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori»

# LA DUE DILIGENCE (INTRODOTTA DALLA L. 92/2012)

- Art. 29, co. 2: «Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti, In caso di appalto di opere o di servizi [...]»
- Art. 9, co. 1, D.L. 76/2013 «esclusivamente in relazione ai trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori impiegati nell'appalto con esclusione di qualsiasi effetto in relazione ai contributi previdenziali e assicurativi»

# LA SOLIDARIETÀ IN MATERIA FISCALE

La legge (223/2006) prevedeva la responsabilità solidale dell'appaltatore con il subappaltatore, entro i limiti del corrispettivo dovuto a quest'ultimo, per il versamento all'erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente dovute dal subappaltatore in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto.

Oneri di informazione dell'appaltatore (visto di conformità), che l'agenzia delle Entrate ha ritenuto «autocertificabili» ex D.D.R. 445/2000

Regime di responsabilità solidale previsto tra committente e appaltatore dal comma 28-bis dell'art. 35 del D.L. 223/2006 (per le sanzioni amministrative previste per il committente → il favor rei di cui all'art. 3 del D.lgs. n. 472/1997 riguarda illeciti già commessi)

**D. Lgs. 175/2014**, Art. 28, co. 1, abroga i commi da 28 a 28-*ter* dell'art. 35 del D.L. n. 223 del 2006, che aveva introdotto la responsabilità solidale in materia di IVA (già abrogata) e di ritenute d'acconto (disciplina ora in vigore, dal 13 Dicembre 2014)

# LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE NEL DECRETO 81/2008

**Art. 26, co. 4** «Ferre restando le disposizioni di legge vigenti in materia di responsabilità solidale per il mancato pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assicurativi, **l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori**, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, **non risulti indennizzato** ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) o dell'Istituto di previdenza per il settore marittimo (IPSEMA). Le disposizioni del presente comma non si applicano ai danni conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici.»

# SEGUE: I DANNI C.D. DIFFERENZIALI (ECCEDENTI L'INDENNIZZO INAIL EX ART. 13, D. LGS. 38/2000)

Danno morale, esistenziale, biologico per inabilità temporanea, danno biologico permanente (non > 5%), danno patrimoniale per lesioni all'integrità psicofisica (non > 15%) e danno biologico propriamente «differenziale» (per la differenza fra quanto spetta a titolo di indennità sociale e quanto spetta per il danno alla salute)

# ESCLUSIONE

«rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici» → non riguardano le generiche precauzioni da adottare negli ambienti di lavoro ma le regole che richiedono una **specificità competenza tecnica e settoriale**.

# CAMBIO APPALTO E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

Originario Art. 29, D. Lgs. 276/2003, co. 3: *«L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda.»*

(Cfr. Cass. 11575/1997, sulla separazione fra i due istituti, in un contesto ordinamentale però profondamente diverso)

**CONTRARIETA' AL DIRITTO COMUNITARIO (DIR. 2001 /23)**

Cfr. importante Cass. Lav., 493/2005 che esclude però un automatismo del congegno legale

Cfr. oggi D. Lgs. 122/2016, art. 30 che modifica il terzo comma del 29

# SEGUE: CONSEGUENZE

Inapplicabilità art.  
2112 c.c.

(Cfr. interpello  
MLPS n. 22/2012)



Nessun diritto alla  
conservazione del  
precedente  
trattamento  
economico e  
normativo previsto  
dai CCNL (e  
aziendali) vigenti alla  
data di trasferimento  
e fino alla loro  
scadenza.

# CRITICITÀ RISPETTO ALLE AZIENDE C.D. *LABOUR* *INTENSIVE*

Il «complesso dei beni» → forza lavoro

Approccio **sostanzialistico** della giurisprudenza «...*occorre aver riguardo all'intrinseca natura e al complesso degli effetti giuridici che l'atto comporta, alla sua causa reale e alla regolamentazione degli interessi effettivamente perseguita dai contraenti, anche mediante una pluralità di pattuizioni non contestuali*» (Cass. 13580/2007)

Attenzione alle ricadute elusive nelle ipotesi in cui insieme ai lavoratori passino anche i beni.

Resta fuori da questo approccio il passaggio di solo personale.

# LA CLAUSOLA SOCIALE C.D. DI CAMBIO APPALTO

Previsioni CCNL che «obbligano» l'impresa subentrante nell'appalto di un servizio a «riassumere» tutto il personale in forza presso il precedente appaltatore. Tale obbligo è generalmente limitato attraverso il ricorso ad alcuni criteri:

1. Subentro a «parità di condizioni» (cfr. il caso di riduzione di servizi)
2. Anzianità del dipendente
3. Facoltà di esclusione di lavoratori «di concetto» o «direttivi»

Inserimento di tali clausole da parte del committente nel contratto di appalto o nel bando di gara

**Art. 36 St. Lav.** Inserimento di specifica clausola nei contratti di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche «di applicare o far applicare» condizioni non inferiori da quelle risultanti dai «**contratti collettivi di lavoro della categoria o della zona**» (ma si riferisce al trattamento dei dipendenti dell'appaltatore, non alla riassunzione: Cass. Lav. 5828/2002)

Riferimento alla fattispecie ex art. 2932 c.c. (per es. CCNL Vigilanza privata, art. 27, co. 9)

# EFFETTI

Effetto «obbligatorio» → art. 28 St. Lav.?

«Riassunzione» → rapporto *ex novo*

Decorrenza della prescrizione per i crediti maturati verso il committente

Possibilità di impugnare il licenziamento intimato dall'appaltatore «uscente» per ottenere la continuità giuridica del rapporto, nonostante l'avvenuta «riassunzione» da parte del subentrante (Cass. 12613/2007) → cfr. ora art. 7 *Jobs act*

# SEGUE: L'ART. 7 DEL *JOBS ACT*

Per il lavoratore passato alle dipendenze di una nuova impresa in conseguenza del cambio d'appalto, l'indennità risarcitoria in caso di licenziamento illegittimo è calcolata tenendo conto dell'intero periodo in cui ha prestato opera nell'«attività appaltata»

Difficoltosa concretizzazione della tutela:

1. Identità dell'attività appaltata
2. Pesante onere della prova imposto al lavoratore
3. Probabile effetto perverso di «fuga» dalle clausole sociali

# CAMBI DI APPALTO ED AGEVOLAZIONI CONTRIBUTIVE

Cfr. **vecchia formulazione** co. 3, art. 29, D. Lgs. 276/2003

L'avvicendamento nell'appalto non era considerato trasferimento d'azienda → **il subentrante gode degli sgravi** (anche se «riassume» in ossequio ad una clausola di CCNL, che non è assimilabile ad un obbligo legale)

Attualmente → valutazione caso per caso

# CAMBI DI APPALTO E PROCEDURE DI MOBILITÀ

Circ. MLPS – L/01 del 28.5.2001 → poiché l'avvicendamento negli appalti è evento «fisiologico» → i licenziamenti per perdita di un appalto di servizi si considerano licenziamenti per g.m.o plurimi (L. 604/66)

Art. 7, co. 4 bis, L. 31/2008. Ratio di semplificazione → evitare una procedura di mobilità quando i lavoratori verranno sicuramente riassunti

**CRITICITA'**: lavoratori che non possono/vogliono essere riassunti (la «mini-mobilità consente l'iscrizione nelle liste dei recessi per gmo ma non la relativa indennità)

# IL DISTACCO (ART. 30, D.LGS. 276/2003)

L'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa. 2. In caso di distacco il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore. 3. Il distacco che comporti un mutamento di mansioni deve avvenire con il consenso del lavoratore interessato. Quando comporti un trasferimento a una unità produttiva sita a più di 50 km da quella in cui il lavoratore è adibito, il distacco può avvenire soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive. 4. Resta ferma la disciplina prevista dall'articolo 8, comma 3, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236. 4-bis. Quando il distacco avvenga in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2. *((4-ter. Qualora il distacco di personale avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa che abbia validità ai sensi del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete, fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori previste dall'articolo 2103 del codice*

# ELEMENTI DEL TRASFERIMENTO D'AZIENDA ART. 2112 C.C. «MANTENIMENTO DEI DIRITTI..»

- 1 co. «anzianità» aziendale
- 2 e 3 co. Solidarietà crediti lav/continuità econ.–norm. CCNL
- 5 co. «qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata».
- 7 co. «ramo» → articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento

# **LE FONTI IN MATERIA DISTACCO TRANSNAZIONALE**

**Direttiva 96/71/CE:** condizioni di lavoro e di impiego.

**Decreto legislativo n. 72/2000:** recepimento della Direttiva 96.

**Direttiva 2014/67/UE:** Direttiva c.d. «Enforcement» migliorare l'applicazione nella pratica della Direttiva «madre».

**Decreto legislativo n. 136/2016** di recepimento della Direttiva 67.

22 luglio 2016

# CARATTERISTICHE SETTORIALI DEI FENOMENI DI DUMPING (EDILIZIA ED AUTOTRASPORTO)

- Assenza di dati complessivi → Assenza di controllo?
- Attenzione dei CCNL
- Assenza di contenzioso
- Cause della limitazione settoriale:
  - 1 – sistema economico – produttivo caratterizzato da un basso livello di investimenti stranieri
  - 2 – mercato del lavoro caratterizzato da livelli salariali inferiori ai Paesi UE più industrializzati → esportazione di manodopera

# **LA DIRETTIVA 96/71/CE E IL D. LGS. N. 72/2000 PROBLEMI IN SEDE APPLICATIVA ED ISPETTIVA**

- 1. Non esiste alcun monitoraggio dei lavoratori distaccati e delle aziende che effettuano i distacchi.**
- 2. Mancano gli strumenti per indirizzare i controlli ispettivi.**
- 3. Le imprese distaccanti spesso non hanno alcuna sede in Italia (non sono stabilite sul nostro territorio).**
- 4. Mod. A1: attesta solo l'iscrizione al sistema di sicurezza sociale del Paese d'origine.**
- 5. Il D. Lgs. n. 72/2000: poche disposizioni e non sempre chiare.**
- 6. Non risulta contenzioso in materia**

## IN PARTICOLARE:

### 1 - GLI OBBLIGHI DI DOCUMENTAZIONE IMPOSTI ALL'IMPRESA STRANIERA NEL PRECEDENTE QUADRO REGOLATIVO

- ❖ Lacuna (?) del D. Lgs. 72/2000
- ❖ Inapplicabilità normativa nazionale (LUL, l. n. 133/2008)
- ❖ Modello A1 → (presunzione di legittimità o adempimento solo formale?)
- ❖ Enti bilaterali nel settore edile → obbligo di iscrizione per le imprese straniere non iscritte ad «analoghi» fondi nel Paese di stabilimento (risp. Interpello n. 6/2009)
- ❖ Prot. MLPS e parti sociali del 9 aprile 2013 → obbligo (?) delle imprese straniere di presentare alla cassa documentazione contenente «il contratto di appalto o subappalto che giustifica il distacco [...], copia delle buste paga emesse dall'impresa distaccante [...] e il rispetto delle condizioni contrattuali di settore vigenti in Italia»

## 2 – GLI OBBLIGHI DI DOCUMENTAZIONE GRAVANTI SULL'UTILIZZATORE ITALIANO

- ❑ Iscrizione del lavoratore distaccato nel LUL dell'impresa distaccataria (circc. 20/2008 e 13/2009)

### **Problemi:**

- ❑ Dubbia sanzionabilità di obblighi previsti da atti amministrativi
- ❑ Ottica «interna» (lavoratori in somministrazione o distacco ex art. 30 D. Lgs. 276/2003), non transnazionale delle previsioni (non lavoratori in appalto)
- ❑ Estensibilità analogica della previsione valorizzando la ratio legis di trasparenza – assenti se l'appalto riguarda imprese italiane • Il Vademecum ministeriale estende infatti l'obbligo di iscrizione nel LUL dell'utilizzatore in ogni ipotesi di distacco transnazionale, quindi anche quelli in esecuzione di appalti.

# (SEGUE): GLI OBBLIGHI IN MATERIA DI SALUTE E SICUREZZA

- Art. 26, D. Lgs. 81 /2008 secondo cui in presenza di un appalto «interno» il committente ha l'onere di redigere ed acquisire una serie di documenti attestanti la natura dell'impresa appaltatrice e le modalità di esecuzione dei lavori
- DUVRI a carico del committente e relativo a tutta la catena di appalti e subappalti
- Obbligo di acquisire il certificato di iscrizione alla camera di commercio e l'autocertificazione dei requisiti di idoneità tecnico-professionale.
- Il committente può adempiere solo se richiede analoghi documenti che attestano l'esistenza e la natura dell'impresa nello Stato di origine.

# AMPIA GAMMA DI PRATICHE ILLEGALI FENOMENI PATOLOGICI: FRODE, ABUSO ED ELUSIONE

1. **Le imprese distaccanti sono società fittizie:** non esercitano alcuna attività economica nel Paese di origine.
2. **Le imprese distaccanti non prestano alcun servizio** ma forniscono solo personale non avendone l'autorizzazione.
3. **Lavoratori licenziati** durante il periodo di distacco
4. **I lavoratori distaccati già risiedono e lavorano in Italia.**
5. **Il distacco non è temporaneo.**

# *ULTERIORI FENOMENI PATOLOGICI*

Lavoratori *low cost* – circolare ML n. 14/2015

Standard minimi di tutela inderogabili

“medesime condizioni di lavoro”

Periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo

Durata minima delle ferie annuali retribuite

Tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario

Condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo

Salute e sicurezza sul lavoro

Provvedimenti di tutela in termini di condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani

Parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione

## **LA DIRETTIVA 2014/67/UE ED IL TESTO DI RECEPIMENTO**

La **Direttiva 2014/67/UE c.d. *Enforcement*** concerne l'applicazione della **Direttiva n. 96/71/CE** relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale.

La **Direttiva *Enforcement*** non apporta modifiche al testo della **Direttiva 96/71**, ma intende colmare le lacune regolative di quest'ultima, superando le incertezze interpretative che hanno accompagnato la sua attuazione negli Stati membri (in caso di incompatibilità prevale la **Direttiva 96**).

**Entro il 18 giugno 2016** : trasposizione nei diversi ordinamenti nazionali.

**D. Lgs. n. 136/2016**: testo di recepimento unitario ed organico – abrogazione espressa del **D. Lgs. n. 72/2000**.

# FINALITÀ DELLA NUOVA DISCIPLINA DI RECEPIMENTO

- ❖ **Garantire la libera prestazione dei servizi: parità di condizioni tra le imprese**
- ❖ **Prevenire e contrastare comportamenti elusivi (distacco fraudolento e somministrazione illecita): adempimenti amministrativi e indici di frode, abuso ed elusione e sanzioni**
- ❖ **Assicurare un livello appropriato di protezione dei lavoratori: condizioni di lavoro e responsabilità solidale**
- ❖ **Rafforzare la cooperazione amministrativa: per la richiesta di informazioni e per la notifica e il recupero delle sanzioni tramite IMI**
- ❖ **Ispezioni più efficaci ed appropriate anche per contrastare il lavoro non dichiarato nel contesto del distacco transnazionale (considerando 27 della Direttiva).**

# ***PRINCIPI FONDAMENTALI DELLA MATERIA***

**Campo di applicazione:** rimane sostanzialmente invariato (art. 1)

**Nozione di lavoratore distaccato:** abitualmente occupato in un altro Stato membro che per un periodo limitato svolge il proprio lavoro in Italia (24 mesi).

**Ipotesi di distacco transnazionale:**

- Nell'ambito di un contratto avente ad oggetto una prestazione di servizi;
  - Presso una filiale o impresa appartenente al medesimo gruppo;
  - Nell'ambito di una somministrazione di lavoro transnazionale.
- 
- Imprese extra UE (somministrazione solo UE)
  - Trasporto su strada (anche alle ipotesi di cabotaggio)

**Legge applicabile:**            **Contratto di lavoro: Paese d'origine**

**Condizioni di lavoro: tutele inderogabili italiane**

**Regime previdenziale: Paese d'origine**

## ***STANDARD MINIMI DI TUTELA INDEROGABILI: “MEDESIME CONDIZIONI DI LAVORO” (ART. 4)***

- Periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo
- Durata minima delle ferie annuali retribuite
- Tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario
- Condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo
- Salute e sicurezza sul lavoro
- Provvedimenti di tutela in termini di condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani
- Parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione

## **ART. 3, D.LGS. N. 136/2016: AUTENTICITÀ DEL DISTACCO**

Scopo della norma: definire gli indici fattuali volti ad identificare un distacco transnazionale non autentico – lista aperta: “*ogni altro elemento utile alla valutazione complessiva*” ed individuare le principali consanguenue sanzionatorie

**Distacco non autentico:**

distacco apparente/fittizio in quanto finalizzato all’aggiramento delle leggi nazionali in materia di condizioni di lavoro e sicurezza sociale (utilizzo distorto dell’istituto).

**Frode, abuso, elusione ed eventuali fenomeni interpositori**

# ELEMENTI SINTOMATICI RIFERITI ALL'IMPRESA

- 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: **clausola generale per evidenziare che si tratta di una lista di elementi che riveste carattere meramente esemplificativo.**

## ELEMENTI SINTOMATICI RIGUARDANTI LA SITUAZIONE DEL LAVORATORE

- 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.

## **TUTELE PER IL LAVORATORE E REGIME SANZIONATORIO NELLE IPOTESI DI FRODE, ABUSO ED ELUSIONE**

**Conseguenze: nullità dell'operazione negoziale**

**lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore italiano**

**si applica integralmente la normativa italiana, salvo il collegamento più stretto del contratto di lavoro con un Paese diverso**

**Depenalizzazione - 6 febbraio 2016**

**Sanzione amministrativa pecuniaria è di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro. In ogni caso la suddetta sanzione amministrativa non può essere inferiore a euro 5.000 né superiore a euro 50.000.**

# **MISURE VOLTE A PREVENIRE E CONTRASTARE FENOMENI ELUSIVI E ABUSIVI IN MATERIA DI DISTACCO TRANSNAZIONALE DI LAVORO**

Recepimento art. 9 Direttiva 2014/67/UE: prescrizioni amministrative e misure di controllo necessarie per garantire un efficace controllo del rispetto degli obblighi previsti dalla presente direttiva e della direttiva 96/71/CE, a condizione che esse siano giustificate e proporzionate conformemente al diritto dell'Unione (c.d. principio di proporzionalità).

## Previsione di adempimenti amministrativi a carico del prestatore di servizi:

1. Dichiarazione preventiva di distacco
2. Conservazione documentazione in materia di lavoro, predisponendone copia in lingua italiana (Mod. A1 e registrazione pubblica di instaurazione del rapporto di lavoro)
3. Designazione referente elettivamente domiciliato in Italia
4. Designazione referente per le parti sociali

# COMUNICAZIONE PREVENTIVA DI DISTACCO

Art. 10, comma 1, D. Lgs. n. 136/2016 e Decreto ministeriale 10 agosto 2016

L'impresa che distacca lavoratori ha l'**obbligo di comunicare il distacco al ML entro le ore 24 del giorno antecedente l'inizio del distacco e di comunicare tutte le successive modificazioni entro 5 giorni.**

## Modello UNI\_Distacco UE

- dati identificativi dell'impresa distaccante: **prestatore di servizi UE o ExtraUE o**  
**agenzia di somministrazione UE**
- numero e generalità dei lavoratori distaccati
- data di inizio, di fine e durata del distacco
- luogo di svolgimento della prestazione di servizi
- dati identificativi del soggetto distaccatario: **impresa stabilita in Italia o destinatario**  
**ivi operante**
- tipologia dei servizi: **codice Ateco**
- generalità e domicilio del referente
- numero provvedimento di autorizzazione per somministrazione

# TIPOLOGIE DI COMUNICAZIONE

**1. Preventiva:** entro le ore 24 del giorno precedente l'inizio del distacco.

**2. Annullamento dati essenziali e nuova comunicazione degli stessi**

Dati essenziali: prestatore di servizi, soggetto distaccatario e lavoratore

Entro le ore 24 del giorno precedente l'inizio del primo periodo del distacco

**3. Variazione dati non essenziali:** entro 5 giorni dal verificarsi dell'evento modificativo

# ATTIVITÀ ISPETTIVA (ART. 11)

In attuazione dell'art. 10, Direttiva 2014/67/UE, ai sensi del quale ciascuno Stato membro è tenuto ad effettuare controlli e un'adeguata ed efficace azione di vigilanza sulla corretta applicazione della normativa di riferimento, il legislatore nazionale, con l'art. 11, D. Lgs. n. 136/2016, ha attribuito all'Ispettorato nazionale del lavoro il compito di pianificare ed effettuare accertamenti ispettivi mirati alla verifica dell'osservanza delle disposizioni in materia di distacco transnazionale di lavoratori.

# SANZIONI ART. 12

La violazione dell'obbligo di comunicare il distacco al Ministero del lavoro e delle politiche sociali entro le ore ventiquattro del giorno antecedente l'inizio del distacco stesso, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 150 a 500 euro, per ogni lavoratore interessato (comma 1);

La violazione dell'obbligo di comunicare al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, entro 5 giorni, tutte le modificazioni successive del rapporto di lavoro con il lavoratore distaccato, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 150 a 500 euro, per ogni lavoratore interessato (comma 1);

La violazione dell'obbligo di conservare, durante il periodo di distacco e fino a due anni dalla sua cessazione, predisponendone copia in lingua italiana, il contratto di lavoro o altro documento contenente le informazioni di cui agli artt. 1 e 2, D. Lgs. n. 152/1997, i prospetti paga, i prospetti che indicano l'inizio, la fine e la durata dell'orario di lavoro giornaliero, la documentazione comprovante il pagamento delle retribuzioni o i documenti equivalenti, la comunicazione pubblica di instaurazione del rapporto di lavoro o documentazione equivalente e il certificato relativo alla legislazione di sicurezza sociale applicabile, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 3.000 euro, per ogni lavoratore interessato (comma 2);

La violazione dell'obbligo di designare, durante il periodo di distacco e fino a due anni dalla sua cessazione, un referente elettivamente domiciliato in Italia incaricato dal distaccante di ricevere atti e documenti, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 a 6.000 euro (comma 3);

## RESPONSABILITA' DA SUBCONTRATTO RECEPIMENTO ART. 12 DIRETTIVA 2014/67/UE

Si richiama la normativa interna in materia di responsabilità solidale negli **appalti**, nella **somministrazione** nonché nel **trasporto**, rendendola in tal modo applicabile anche ai prestatori di servizi che distacchino lavoratori sul territorio nazionale.

La responsabilità solidale potrà essere attivata dal lavoratore entro e non oltre i due anni dalla cessazione dell'appalto e troverà applicazione per **tutti i settori economici/produttivi**, coinvolgendo ciascun soggetto della filiera (ovvero sia il **committente** che l'**appaltatore**, nonché gli **eventuali subappaltatori**).

Trova applicazione sia in caso di **distacco genuino** sia in caso di **distacco non genuino**.

# ORDINAMENTO INTERNO: RESPONSABILITÀ SOLIDALE

**Appalto:** Art. 29, comma 2, D. Lgs. n. 276/2003

crediti retributivi e contributivi

periodo di esecuzione dell'appalto

*due diligence*

beneficio della preventiva escussione

**Somministrazione:** Art. 35, comma 2, D.lgs. n. 81/2015

crediti retributivi e contributivi

salvo il diritto di rivalsa sul somministratore

**Trasporto:** Art.1, commi 247-248, L. n. 190/2014

regime di responsabilità solidale attenuata