

Criteria di legalità

Somministrazione di lavoro fornita dalle Agenzie comunitarie

Pierluigi Rausei - Adapt professional fellow (*)

Con la circolare 9 aprile 2015, n. 14 (vedila a pag. 1179) il Ministero del lavoro e delle politiche sociali si è pronunciato per fornire indicazioni operative relativamente al corretto esercizio delle attività di vigilanza nei riguardi dei servizi di somministrazione di lavoro (1) resi da Agenzie per il lavoro di provenienza e natura comunitaria presso utilizzatori che svolgono le loro produzioni in Italia, con riferimento evidentemente alle attività disciplinate dal Capo I del Titolo III del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 - come modificato dal D.Lgs. 2 marzo 2012, n. 24 (2), dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, dal decreto legge 28 giugno 2013, n. 76, convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 99 e dal decreto-legge 20 marzo

2014, n. 34, convertito dalla legge 16 maggio 2014, n. 78.

In particolare la Direzione generale per l'attività ispettiva è intervenuta a seguito di alcune notizie diffuse dagli organi di informazione relative alla possibilità di impiegare ed utilizzare «*lavoratori interinali con contratto rumeno*» (3), con una più ampia «flessibilità» organizzativa e senza l'onere di specifici obblighi di natura retributiva - con riguardo specifico alle mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima) e al Tfr - rispetto alla quale si sottolinea, espressamente, nella circolare n. 14/2015 come «*gli annunci pubblicitari in questione riportino informazioni in netto contrasto con la disciplina comunitaria e nazionale in*

(*) L'Autore è anche dirigente del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Le considerazioni contenute nel presente intervento sono frutto esclusivo del pensiero personale dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale appartiene.

(1) Si vedano in merito: G. Zilio Grandi, *Commento sub artt. 21-24 del d.lgs. n. 276/2003*, in R. De Luca Tamajo, O. Mazzotta, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V edizione, Cedam, Padova, 2013, 2071-2082; F. Basenghi, *La somministrazione irregolare e fraudolenta*, in L. Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (artt. 1-32)*, Giappichelli, Torino, 2004; C. Bizzarro, G. Bocchieri, *Il nuovo regime sanzionatorio in materia di somministrazione, appalti, distacco*, in *La Riforma Biagi. Il decreto correttivo*, in Guida lav., 2004, 37; F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano 2004; P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in P. Curzio, *Lavoro e diritti. A tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari 2006; L. Corazza, *Somministrazione di lavoro e appalti*, in F. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2009; G. Falasca, *La somministrazione di manodopera*, in Amoroso, Di Cerbo, Marsica, *Il diritto del lavoro*, vol. 1 *Costituzione, codice civile e leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 2007; P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. Pedrazzoli (diretto da), *Il nuovo mercato del lavoro, Zanichelli*, Bologna, 2004; P. Rausei, *Somministrazione di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2009; M. Tiraboschi (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la Riforma Biagi. Som-*

ministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda, Giuffrè, Milano, 2006.

(2) Attuazione della Direttiva 2008/104/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008, relativa al lavoro tramite agenzia interinale, relativa al lavoro tramite agenzia interinale, in forza della legge 4 giugno 2010, n. 96. A norma dell'art. 2 della Direttiva 2008/104/Ce finalità della stessa è quella di «garantire la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale e migliorare la qualità del lavoro tramite agenzia interinale garantendo il rispetto del principio della parità di trattamento (...) nei confronti dei lavoratori tramite agenzia interinale e riconoscendo tali agenzie quali datori di lavoro, tenendo conto nel contempo della necessità di inquadrare adeguatamente il ricorso al lavoro tramite agenzia interinale al fine di contribuire efficacemente alla creazione di posti di lavoro e allo sviluppo di forme di lavoro flessibili». Il decreto legislativo attuativo della Direttiva 2008/104/Ce è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 69 del 22 marzo 2012, come adottato con deliberazione preliminare nella riunione del 4 dicembre 2011 del Consiglio dei Ministri, ha ricevuto il prescritto parere della Conferenza unificata nella seduta del 19 gennaio 2012 ed è stato definitivamente approvato con Deliberazione del Consiglio dei ministri adottata nella riunione del 24 febbraio 2012.

(3) G. Caroselli, «La somministrazione transnazionale di lavoro tra l'adempimento degli obblighi comunitari e l'attività di vigilanza», in *Bollettino Adapt*, 13 aprile 2015, riferisce di un precedente del 1990 «non dissimile: all'epoca, infatti, le offerte di manodopera provenivano da un'azienda portoghese - tale Rush - che assicurava l'impiego di lavoratori lusitani ad un costo di gran lunga inferiore rispetto a quello che le aziende dei Paesi ospitanti dovevano osservare».

Approfondimenti

materia di distacco transnazionale e pertanto come il ricorso a tali "servizi" possa dar luogo a ripercussioni, anche di carattere sanzionatorio, in capo alle imprese utilizzatrici».

D'altra parte, la somministrazione o fornitura professionale di manodopera nasce in un contesto di crisi occupazionale, dal lato dei lavoratori, e di esigenze di flessibilizzazione, dal lato dell'impresa.

Come noto i vantaggi del decentramento produttivo, soprattutto della somministrazione di lavoro, si evidenziano sotto un triplice aspetto:

- in primo luogo il processo di esternalizzazione, di decentramento, di flessibilizzazione e di frammentazione dell'attività produttiva garantisce, in un'ottica di economia aziendale, il contenimento dei costi della forza lavoro;
- inoltre, la più vasta "elasticità" della struttura dell'impresa consente di rispondere più agevolmente alle esigenze del mercato sempre più mutevoli, senza però dover sottostare a determinate rigidità legislative;
- infine, il datore di lavoro che utilizza i lavoratori "somministrati" usufruisce delle prestazioni lavorative di cui necessita, senza assumere su di sé alcuni dei vincoli e dei rischi specifici di gestione del rapporto di lavoro (ancorché mantendone alcune responsabilità peculiari).

Sulla scorta di questi vantaggi la somministrazione di manodopera può agevolare le occasioni di incontro fra aziende e lavoratori e quindi incidere profondamente, in senso evolutivo, sul mercato del lavoro: in effetti, la funzione socio-economica della somministrazione di lavoro, intesa nel suo complesso, quale fattispecie negoziale costituita da un contratto di lavoro (somministratore-lavoratore) e un contratto commerciale (somministratore-utilizzatore).

Il contratto di somministrazione

Per una definizione del contratto di somministrazione di lavoro si può anzitutto andare all'art. 2, comma 1, *lett. a)*, del D.Lgs. n. 276/2003, come sostituita dall'art. 2, comma 1, *lett. a)*, del D.Lgs. n. 24/2012, secondo cui si discute del «*contratto avente ad oggetto la fornitura professionale di manodopera, a tempo indeterminato o a termine, ai sensi dell'art. 20*». Dal canto suo l'art. 20 del D.Lgs. n. 276/2003, nel delineare i fondamenti negoziali della fornitura professiona-

le di manodopera, definisce il contratto di somministrazione di lavoro come quello che «*può essere concluso da ogni soggetto, di seguito denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, di seguito denominato somministratore, a ciò autorizzato*» (art. 20, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003). E subito dopo la medesima disposizione aggiunge che «*per tutta la durata della missione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore*» (art. 20, comma 2, primo periodo, del D.Lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 4, comma 1, *lett. a)*, del D.Lgs. n. 24/2012). Mentre per la definizione di «missione» occorre fare riferimento all'art. 2, comma 1, *lett. a-bis)*, del D.Lgs. n. 276/2003, introdotta dall'art. 2, comma 1, *lett. b)*, del D.Lgs. n. 24/2012, secondo cui si tratta del «*periodo durante il quale, nell'ambito di un contratto di somministrazione di lavoro, il lavoratore dipendente da un'agenzia di somministrazione (...) è messo a disposizione di un utilizzatore (...) e opera sotto il controllo e la direzione dello stesso*».

Il contratto di somministrazione è un contratto di scambio, a prestazioni sinallagmatiche, a titolo oneroso, in cui il somministratore si impegna, verso un preciso corrispettivo economico (che la legge fissa nella misura minima inderogabile), a fornire uno o più lavoratori all'utilizzatore perché svolgano le proprie prestazioni lavorative soggiacendo al potere direttivo, organizzativo e di controllo dell'utilizzatore stesso. Tale negozio giuridico deve essere stipulato in forma scritta (art. 21, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003), *ad substantiam*, vale a dire a pena di nullità.

In particolare, il contratto (scritto) di somministrazione deve contenere espressamente evidenziati alcuni elementi essenziali, fra i quali rileva, principalmente, quale elemento validante per eccellenza del contratto in esame, l'indicazione degli *estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore*. Non può infatti esistere legale e regolare fornitura professionale di manodopera se non ad opera di una agenzia per il lavoro che sia autorizzata dal Ministero del Lavoro secondo le modalità e con le procedure previste dallo stesso D.Lgs. n. 276/2003. In verità appare quanto meno strano che l'art. 21, comma 1, *lett. a)* del D.Lgs. n. 276/2003 parli soltanto degli estremi dell'autorizzazione ministeriale rilasciata al som-

Approfondimenti

ministratore ma taccia circa gli estremi della iscrizione nella competente sezione dell'Albo delle Agenzie per il lavoro. Ciò, peraltro, non dà piena contezza della importanza dei due momenti autorizzatori, giacché se dall'autorizzazione discende l'iscrizione nella relativa sezione dell'Albo, è vero che dagli estremi dell'atto autorizzatorio nessun utilizzatore e nessun lavoratore è in grado di dedurre, contestualmente, se l'Agenzia di somministrazione con cui si volgono a contrattare è iscritta alla prima o alla seconda sezione. Ciò, d'altro canto, non è di poco momento anche in ragione della impossibilità, per le agenzie del-

la seconda sezione (c.d. "specialiste"), di stipulare legittimamente delle somministrazioni a termine. Pare allora necessario ritenere che la norma si riferisca, pur richiamando testualmente soltanto gli estremi della autorizzazione, al fenomeno autorizzatorio nel suo complesso considerato e, pertanto, ricomprenda anche la indicazione della sezione dell'Albo di appartenenza dell'Agenzia di somministrazione, essendo entrambi questi aspetti indispensabili alla verifica della certezza di corrispondenza fra il contratto che si va stipulare e il possesso dei necessari requisiti soggettivi in capo al somministratore.

Caratteri distintivi della somministrazione di lavoro	
Nozione	La somministrazione di lavoro si svolge attraverso due distinte figure contrattuali che si attagliano l'una all'altra: da un lato il contratto di somministrazione che è un contratto tipico di natura commerciale e si stipula fra l'agenzia di somministrazione e l'impresa utilizzatrice per la fornitura professionale di manodopera, a tempo indeterminato o a termine; dall'altro il contratto di lavoro subordinato fra agenzia e lavoratori da somministrare.
Caratteristiche	La struttura del rapporto di somministrazione si qualifica come rapporto giuridico tripartito che coinvolge tre posizioni giuridiche soggettive: impresa utilizzatrice, agenzia di somministrazione e prestatore di lavoro somministrato. La somministrazione può avvenire a tempo indeterminato (per specifiche causali predeterminate dalla legge o dai contratti collettivi) o a termine senza nessuna ragione giustificatrice, ma nel rispetto dei limiti quantitativi di utilizzazione.
Elementi essenziali	Il contratto di somministrazione deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità e deve presentare un contenuto minimo essenziale, idoneo a verificarne a priori una obiettiva validità e una genuina liceità (estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore, numero dei lavoratori coinvolti, tipologia dell'attività o del servizio interessato in caso di somministrazione a tempo indeterminato, individuazione dei rischi, data di inizio del contratto di somministrazione e durata prevista in caso di somministrazione a termine, costi della sicurezza). Accanto agli elementi imprescindibili, il legislatore pone altri requisiti che devono risultare dal contratto scritto (mansioni, inquadramento contrattuale, luogo di lavoro, orario di lavoro, trattamento economico e normativo, rimborso degli oneri, comunicazione dei trattamenti retributivi applicabili, pagamento diretto ai lavoratori). Nell'indicare gli elementi essenziali, le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi. Il contratto evidenzia altresì gli obblighi reciproci delle parti. Accanto al contratto di somministrazione si pone il contratto di lavoro somministrato, fra lavoratore e agenzia, che può essere a termine o a tempo indeterminato. I lavoratori somministrati non vengono computati nell'organico aziendale dell'utilizzatore. Il potere direttivo nei confronti dei lavoratori è esercitato dall'utilizzatore.

Il somministratore

Per effettuare attività di somministrazione di lavoro l'Agenzia per il lavoro deve ottenere la necessaria autorizzazione da parte del Ministero del lavoro, nei termini e secondo le modalità previste dallo stesso D.Lgs. n. 276/2003, come modificato dalla legge 4 novembre 2010, n. 183, e dai provvedimenti attuativi (D.M. 23 dicembre 2003 e D.M. 5 maggio 2004), dimostrando di essere in possesso di tutti i requisiti soggettivi e oggettivi, giuridici, organizzativi e finanziari richiesti dalle norme, nonché di rispettare puntualmente tutti gli ulteriori obblighi informativi da ultimo richiamati dalla circolare n. 13 del 9 aprile 2009 del Ministero del lavoro.

Conseguita la prescritta autorizzazione, inizialmente provvisoria per un biennio, la società che ha richiesto ed ottenuto l'autorizzazione ad essere riconosciuta e ad operare quale «agenzia (per il lavoro) di somministrazione» viene iscritta in una delle due prime sezioni dell'Albo delle Agenzie per il lavoro, a seconda dell'ambito specifico di attività in cui essa intende concretamente operare, vale a dire se con riferimento ad ogni ipotesi di somministrazione (a termine e a tempo indeterminato) oppure soltanto per alcune tipologie di somministrazione più dettagliatamente descritte (solo a tempo indeterminato).

Le due sezioni, infatti, distinguono le agenzie a competenza generalizzata (agenzie generaliste),

Approfondimenti

che possono attivare somministrazione a termine e a tempo indeterminato senza limiti né preclusioni, iscritte nella Sezione I, da quelle che devono limitarsi ad una sola delle attività espressamente elencate per la somministrazione a tempo indeterminato (agenzie specialiste), iscritte nella Sezione II.

Questa bipartizione delle competenze in materia di somministrazione fa sì, di fatto, che le agenzie della Sezione I si caratterizzino in modo strutturalmente diverso da quelle della Sezione II: le prime assomigliano, con ben maggiori possibilità di azione, alle agenzie di lavoro temporaneo, quelle del secondo tipo, invece, pur condividendo con le prime le nuove attività di intermediazione (collocamento), ricerca e selezione e ricollocazione (*out-placement*), si strutturano come una sorta di “appaltatori di organizzazione”, reclutando manodopera specializzata e competente per i singoli settori di attività in cui intendono operare e predisponendosi a fornirla a tempo indeterminato alle aziende e agli utilizzatori in genere che in quel ramo di attività operano, abbisognando di manodopera (fatto salvo, come si dirà appresso, il caso delle nuove imprenditorialità).

Con particolare riguardo al tema che ci occupa la circolare n. 7 del 22 febbraio 2005 del Ministero del lavoro aveva inteso occuparsi espressamente della somministrazione nell’ambito di «prestazioni transnazionali di servizi» per la cui attività «così come disciplinata dal decreto legislativo n. 72 del 2000, attuativo della direttiva 97/91/Ce, si evidenzia che, ai sensi dell’articolo 4, di tale medesimo decreto, le imprese di somministrazione stabilite in uno Stato membro dell’Ue possono operare senza che sia necessario rilasciare alle stesse un’autorizzazione ove dimostrino di operare in forza di un provvedimento equivalente rilasciato da un’autorità competente di uno Stato membro».

Il distacco transnazionale

Le prestazioni transnazionali di servizio, peraltro, trovano collocazione normativa, propriamente all’interno della disciplina del distacco internazionale, in forza del quale i lavoratori sono inviati a svolgere temporaneamente la prestazione lavorativa in un altro Stato membro della Ue, con la

previsione che al lavoratore distaccato deve applicarsi la legislazione dello Stato di provenienza in deroga al principio generale di territorialità (in base al quale trova applicazione la legislazione dello Stato dove è svolta l’attività lavorativa).

A norma degli artt. 45 (libera circolazione), 49 (diritto di stabilimento), 56 (libera prestazione dei servizi) del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea e dell’art. 15, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (cd. Carta di Nizza), «ogni cittadino dell’Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro».

Con specifico riferimento all’istituto del distacco transnazionale la definizione propria è contenuta nella Direttiva europea 96/71/Ce e nella normativa italiana di recepimento di cui al D. Lgs. 25 febbraio 2000, n. 72 (4). In base alle disposizioni contenute in questi atti normativi, in effetti, si possono individuare diverse ipotesi di mobilità temporanea di lavoratori alle quali è applicabile la disciplina del distacco comunitario (art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 72/2000):

- da parte di un’azienda di un diverso Stato membro presso una propria filiale situata in Italia;
- da parte di un’azienda di un diverso Stato membro presso un’azienda italiana appartenente al medesimo gruppo di impresa;
- nell’ambito di un contratto commerciale (appalto di opera o di servizi, trasporto ecc.), stipulato con un committente avente sede legale o operativa sul territorio italiano.

Fattore comune di identificazione delle differenti fattispecie va rilevato nella sussistenza di un specifico legame organico tra il lavoratore distaccato e l’impresa distaccante, che seguita ad esercitare i propri poteri datoriali (di tipo direttivo, organizzativo e disciplinare), anche senza delineare dettagliatamente l’attività lavorativa da svolgere e le conseguenti modalità di esecuzione. La prestazione lavorativa in distacco transnazionale si offre per definizione di durata limitata e deve essere espletata nell’interesse e per conto del datore di lavoro distaccante, che mantiene su di sé tutti gli obblighi propri del datore di lavoro, con peculiare riferimento alle responsabilità in

(4) Cfr. S. Di Biase, P. Rausei, *Il distacco in Italia e in Ue*, in *Dir. prat. lav.*, Oro, 2005, 11; C. Timellini, *Il distacco transnazio-*

nale, in R. Pessi (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Utet giuridica WkI, Milano, 2011, 408-414.

Approfondimenti

tema di regolarità dell'assunzione, di corretta gestione del rapporto, di puntuale adempimento degli oneri retributivi, contributivi e assicurativi.

La Commissione amministrativa (5), nella decisione n. 181/2000 e, ancor più di recente, nella decisione A2/2009 relativa alla corretta interpretazione dell'art. 12 del Regolamento (Ce) n. 883/2004, ha individuato, in fase operativa, due tipiche ipotesi di distacco comunitario, fissando i criteri utili da seguire al fine di verificare e contrastare il fenomeno delle "società fittizie", nonché i possibili eventi di abuso nei confronti dei lavoratori interessati (6):

- la prima fattispecie è costituita dal «*distacco del personale abituale*», che si verifica quando il lavoratore inviato dall'impresa distaccante opera abitualmente nel Paese di provenienza come dipendente di quest'ultima, già prima del distacco. In questa ipotesi gli elementi distintivi del distacco regolare vanno individuati nel permanere del rapporto di dipendenza rispetto l'impresa distaccante e la circostanza che il lavoratore distaccato continui a svolgere la sua attività per conto della stessa. Non possono configurare, quindi, fattispecie di regolare distacco comunitario, ma di "mera fornitura di manodopera", i casi nei quali le aziende italiane utilizzano presso le loro sedi lavoratori dipendenti di imprese di altro Stato membro chiamati a svolgere attività per conto e sotto la direzione dell'impresa distaccataria, vale a dire quella dove sono stati destinati e impiegati;

- la seconda fattispecie individuata si realizza quando il lavoratore è assunto da una impresa operante in uno Stato membro, «*allo scopo di essere immediatamente distaccato*», per conto di essa, nel territorio di un altro Stato membro. Tale operazione gestionale di tipo transnazionale può dirsi regolare a condizione che:

a) il lavoratore, prima dell'assunzione (che coincide con la data del distacco), risulti iscritto, da almeno un mese, nel regime assicurativo dello Stato Ue di provenienza;

b) sussista un legame organico tra l'impresa distaccante e il lavoratore per l'intera durata del distacco;

c) l'impresa distaccante esercita di norma la propria attività sul territorio dello Stato membro di provenienza, vale a dire che non deve trattarsi di una "azienda fittizia".

Nel paragrafo 2 dell'art. 14 del Regolamento di applicazione n. 987/2009 si precisa che va considerato datore di lavoro («che ... esercita abitualmente le sue attività») colui che «svolge normalmente attività sostanziali, diverse dalle mere attività di gestione interna, nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito, tenendo conto di tutti i criteri che caratterizzano l'attività d'impresa in questione. I criteri applicati devono essere adattati alle caratteristiche specifiche di ciascun datore di lavoro e alla effettiva natura delle attività svolte».

La sussistenza effettiva di attività significative espletate nello Stato d'origine va verificata attraverso il controllo di elementi obiettivi, tenendo conto della natura delle prestazioni concretamente rese; in questa prospettiva, con riguardo alle attività svolte, può farsi riferimento a:

- luogo dove ha sede l'impresa o sua amministrazione;
- organico del personale che lavora rispettivamente nello Stato membro di stabilimento e nell'altro Stato membro;
- luogo in cui i lavoratori distaccati sono assunti;
- luogo in cui viene conclusa la maggior parte dei contratti con i clienti;
- legislazione applicabile ai contratti conclusi dalla impresa distaccante con clienti e lavoratori;
- nazionalità dei committenti;
- entità dei fatturati realizzati dall'impresa distaccante nello Stato membro d'invio e in quello di occupazione durante un periodo sufficientemente definito.

Gli elementi indicati, peraltro, possono essere complessivamente valutati anche in sede di indagine ispettiva allo scopo di verificare l'effettiva genuinità del distacco comunitario.

Sul piano del diritto interno, va precisato che le ipotesi di distacco comunitario, contenute nell'art. 1 della Direttiva 96/71/Ce, possono riferirsi a diverse fattispecie e istituti contrattuali disciplinati dall'ordinamento italiano.

(5) La Commissione amministrativa è l'organo comunitario chiamato ad indicare le linee interpretative e le modalità applicative della regolamentazione in materia di distacco transnazionale.

(6) Cfr. sul punto Inps, messaggio 14 luglio 2008, n. 16085 e circolare 1° luglio 2010, n. 83.

Approfondimenti

Così possono astrattamente rientrare nella definizione normativa del distacco comunitario, ricorrendone le caratteristiche previste dalla Direttiva e dal D.Lgs. n. 72/2000, ipotesi negoziali riconducibili al contratto di appalto d'opera o di servizi (art. 1655 c.c. e ss.; art. 29, D.Lgs. n. 276/2003), alla somministrazione (art. 1559 c.c. e ss.), al contratto di trasporto (art. 1678 c.c. e ss.) ovvero ad altre tipologie contrattuali "commerciali" aventi ad oggetto lo scambio di servizi tra imprese stabilite in diversi Paesi comunitari, che prevedono l'utilizzo temporaneo di personale dell'impresa distaccante nel Paese di effettiva esecuzione della prestazione (7).

La Commissione amministrativa nelle Decisioni n. 162/1996, n. 181/2000 e n. A2/2009, ha individuato le seguenti ipotesi in cui non possono trovare applicazione le norme sul distacco:

- 1) l'impresa presso cui il lavoratore è distaccato lo mette a disposizione di altra impresa dello Stato membro in cui essa è situata;
- 2) lavoratore distaccato in uno Stato membro è messo a disposizione di impresa situata in altro Stato membro;
- 3) lavoratore assunto in uno Stato membro per essere inviato da una impresa situata in un secondo Stato membro presso una impresa di un terzo Stato membro;
- 4) lavoratore assunto in uno Stato membro da una impresa situata in un secondo Stato membro per lavorare nel primo Stato membro;
- 5) lavoratore inviato in sostituzione di lavoratore al termine del periodo di distacco (Inps, circ. n. 83/2010).

In queste ipotesi l'esclusione dell'applicabilità delle disposizioni relative al distacco comunitario deriva dalla complessità dei rapporti risultanti dalle ipotesi elencate, che non forniscono garanzie di sorta in merito all'esistenza di un legame organico tra il lavoratore e l'impresa distaccante e contrastano con la finalità precipua di evitare intrecci amministrativi e discontinuità nella posizione assicurativa dei lavoratori.

Dal 1° maggio 2010 sono entrate in vigore le disposizioni definite dal Regolamento (Ce) n. 883/2004 e dal Regolamento di applicazione (Ce) n. 987/2009, che hanno modificato le dispo-

sizioni contenute nei precedenti Regolamenti (Cee) n. 1408/1971 e n. 574/1972 (8).

Secondo le previsioni contenute nell'art. 12 del Regolamento n. 883/2004 presupposti del distacco internazionale sono:

- sussistenza di un legame organico tra datore di lavoro e lavoratore (caratterizzato da: responsabilità nell'assunzione, contratto di lavoro, licenziamento, potere di determinare la natura della prestazione);
- esistenza del legame tra datore di lavoro e Stato membro in cui ha sede (caratterizzato da: luogo dove si trova la sede e amministrazione dell'impresa, numero del personale amministrativo, luogo di assunzione dei lavoratori distaccati, luogo in cui si è conclusa la maggior parte dei contratti, legislazione applicabile ai contratti stipulati, fatturato, numero di contratti eseguiti nello Stato di invio, durata dell'attività svolta in un altro Stato non superiore ai 24 mesi, persona distaccata non in sostituzione di altra persona).

La durata del distacco può essere prorogata per particolari esigenze, solo a seguito di un accordo tra gli organismi competenti degli Stati interessati (art. 16 del Regolamento n. 883/2004).

Terminato un periodo di distacco, non può essere autorizzato nessun nuovo periodo per lo stesso lavoratore, per le stesse imprese e per lo stesso Stato membro, fino a quando non sono trascorsi almeno 2 mesi dalla data di scadenza del precedente periodo di distacco.

Al fine di garantire standard di tutela «uguali o analoghi» sull'intero territorio nazionale, l'art. 3, comma 1, del D.Lgs. n. 72/2000 sancisce che nei confronti dei lavoratori «inviati» in Italia da azienda situata in un diverso Stato membro dell'Ue devono trovare applicazione, durante il distacco, «le medesime condizioni di lavoro» previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e dai contratti collettivi nazionali di lavoro, per i lavoratori italiani che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe.

Ciò premesso, occorre leggere tale disposizione normativa, ed in particolare la locuzione «medesime condizioni di lavoro», congiuntamente all'art. 3 della Direttiva 96/71/Ce, relativo al nucleo di tutele essenziali da assicurare ai lavorato-

(7) Anche il distacco realizzato ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003 può astrattamente essere riconducibile ad un distacco comunitario ai sensi della Direttiva 96/71/Ce, a condizione che non si confondano i due istituti.

(8) Le disposizioni del Regolamento n. 883/2004 si applicano ai 27 Stati dell'Unione europea, mentre i precedenti Regolamenti n. 1408/71 e n. 574/72 seguitano ad essere applicati a Norvegia, Islanda, Liechtenstein e Svizzera.

Approfondimenti

ri distaccati previste dalla legge del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa (c.d. principio *lex loci laboris*).

Se l'attività lavorativa in distacco transnazionale viene svolta in Italia si applicano le norme italiane (fonti del diritto e contratti collettivi di lavoro) che disciplinano le seguenti materie:

- a)** periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo;
- b)** durata minima delle ferie annuali retribuite;
- c)** tariffe minime salariali, comprese quelle maggiorate per lavoro straordinario (non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria);
- d)** condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare da parte di imprese di lavoro temporaneo;
- e)** sicurezza, salute e igiene sul lavoro; provvedimenti di tutela per le condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti, puerpere, bambini e giovani;
- f)** parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.

La disposizione viene applicata alla luce della Direttiva 96/71/Ce e della giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee, nel senso che le imprese operanti in distacco transnazionale devono rispettare (nell'ambito delle materie dell'art. 3, par. 1, lett. *a-g*), della Direttiva) i livelli minimi delle condizioni di lavoro fissati dalla normativa legale, regolamentare, amministrativa e contrattuale collettiva maggiormente rappresentativa, dello Stato di esecuzione della prestazione di lavoro.

In ragione di quanto previsto dall'art. 3, par. 10, della Direttiva, sono applicabili le norme dello Stato di esecuzione della prestazione lavorativa che prevedono «condizioni di lavoro e di occupazione» anche in materie diverse da quelle elencate, quando si tratta «di disposizioni di ordine pubblico», fattore che opera alla stregua di ulteriore estensione dell'applicazione delle norme vigenti nello Stato dove sono inviati i lavoratori in distacco.

L'art. 4 del D.Lgs. n. 72/2000 disciplina l'ipotesi della somministrazione transnazionale di lavoro, ossia la possibilità per le imprese fornitrici di lavoro temporaneo stabilite in uno Stato membro dell'Unione europea di distaccare lavoratori presso imprese utilizzatrici aventi sede o unità produttiva in Italia, prevedendo al primo comma la

condizione che «durante il periodo della fornitura continui ad esistere un rapporto di lavoro fra il lavoratore distaccato e l'impresa fornitrice di lavoro temporaneo».

Da ultimo in materia è intervenuta la Direttiva n. 2014/67/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 (c.d. *Direttiva Enforcement*), relativa all'applicazione della Direttiva n. 96/71/Ce in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, per «garantire il rispetto di un appropriato livello di protezione dei lavoratori distaccati per una prestazione transfrontaliera di servizi» e - contestualmente - per «facilitare l'esercizio della libertà di prestazione di servizi e creare condizioni di concorrenza leale tra i prestatori di servizi, sostenendo in tal modo il funzionamento del mercato interno», prevedendo per gli Stati membri l'adeguamento normativo entro il 21 maggio 2016.

La vigilanza sulla somministrazione transnazionale di lavoro

Su questo quadro regolatorio e interpretativo, dunque, si stagliano le indicazioni operative offerte ora dal Ministero del lavoro con la circolare n. 14/2015, le quali anzitutto richiamano l'emanazione delle precedenti istruzioni di tipo operativo sulla corretta applicazione della disciplina in materia con «*Il distacco dei lavoratori nell'Unione Europea. Vademecum ad uso degli ispettori del lavoro e delle imprese*» (novembre 2010), non senza aver invitato le Direzioni interregionali e territoriali del lavoro ad avviare «specifiche campagne informative (...) sulla corretta applicazione del quadro regolatorio» di riferimento, mediante apposite azioni di prevenzione e promozione ai sensi dell'art. 8 del D.Lgs. n. 124/2004. La Circolare n. 14/2015 ricorda poi come la somministrazione transnazionale di lavoro rientri a pieno titolo nell'ambito della disciplina dettata dalla Direttiva 96/71/Ce, dal D.Lgs. n. 72/2000 e dalla direttiva 2014/67/Ue.

Il Ministero del lavoro ribadisce poi come ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. n. 72/2000 la somministrazione transnazionale di lavoro consiste nella possibilità per le imprese fornitrici di lavoro temporaneo di altro Stato membro dell'Ue di distaccare lavoratori presso imprese utilizzatrici aventi sede o unità produttiva in Italia, sottolineando che tali agenzie di somministrazione possono

Approfondimenti

operare legittimamente nel nostro Paese senza che si renda necessaria l'autorizzazione prevista dall'art. 4 del D.Lgs. n. 276/2003, quando siano in condizione di poter dimostrare di operare in base ad un provvedimento amministrativo rilasciato dalle competenti Autorità dello Stato europeo di provenienza, che rivesta carattere di equivalenza rispetto a quello previsto dalla legislazione italiana secondo quanto già affermato dalla precedente Circolare ministeriale n. 7/2005 (9).

Tutela del trattamento economico e normativo dei lavoratori

In merito alle tutele lavoristiche la circolare n. 14/2015 ribadisce che l'art. 3 della Direttiva 96/71/Ce prevede l'applicazione dei livelli minimi delle condizioni di lavoro e occupazione previsti dalla legge del luogo in cui viene eseguita la prestazione lavorativa, evidenziando come la normativa sulle tutele di tipo economico e normativo da riconoscere ai lavoratori risulta particolarmente incisiva nel contesto di un rapporto di somministrazione transnazionale di lavoro, in ragione dell'art. 4 del D.Lgs. n. 72/2000 che impone alle agenzie di somministrazione europee il rispetto della disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 276/2003 alla medesima stregua delle agenzie di somministrazione italiane.

Ne consegue che nelle ipotesi di lavoro somministrato attivato in base a contratti di somministrazione transnazionale svolti da agenzie comunitarie trova applicazione - alla medesima stregua delle agenzie italiane - l'art. 23, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003, in forza del quale il lavoratore somministrato ha diritto a vedersi riconoscere «condizioni di base di lavoro e d'occupazione complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte», sancendo, altresì, la responsabilità solidale fra utilizzatore e somministratore per l'adempimento degli obblighi retributivi e previdenziali (10).

(9) La circolare n. 14/2015 ricorda anche che le agenzie di somministrazione di altro Stato membro dell'Ue possono essere esonerate dal versamento del deposito cauzionale e dalla stipula di una garanzia fideiussoria (fra i requisiti patrimoniali previsti dall'art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003) se risulta che hanno assolto ad «obblighi analoghi» idonei ad assicurare piena effettività alla tutela del lavoratore nelle ipotesi di eventuali inadempimenti, di natura contributiva o retributiva, nel rispetto della legislazione dello Stato di provenienza.

Ne consegue, dunque, che ai lavoratori somministrati in ambito transnazionale viene garantita una sostanziale parità di trattamento rispetto ai lavoratori italiani alle dipendenze dell'utilizzatore, per quanto attiene ai profili normativi e a quelli retributivi, con specifico riferimento a:

- 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.

L'art. 3 della Direttiva 96/71/Ce stabilisce che la nozione di tariffa minima salariale «è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato». In proposito va osservato che, seppure non sussista in Italia un trattamento minimo salariale legalmente definito, la fissazione dello stesso è contenuta nei contratti collettivi di lavoro stipulati nei diversi settori produttivi dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, nel rispetto del principio di proporzionalità della retribuzione sancito dall'art. 36 Cost.

Nell'ambito della retribuzione minima sembrano pertanto rientrare gli scatti di anzianità, nei casi in cui evidentemente siano previsti dalla contrattazione collettiva (v. ad es. Ccnl chimici, tessili, terziario, metalmeccanica; v. anche Corte cost. 23 giugno 1988, n. 697). La nozione di retribuzione devono essere ricomprese tutte le erogazioni patrimoniali del periodo di riferimento aventi causa nel rapporto di lavoro, al lordo di qualsiasi contributo (previdenziale e assistenziale) e ritenuta fiscale.

D'altronde, ai sensi dell'art. 3.7 della Direttiva, «le indennità specifiche per il distacco sono considerate parte integrante del salario minimo, purché non siano versate a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distac-

(10) Nella circolare ministeriale n. 14/2015 si sottolinea come l'art. 23 del D.Lgs. n. 276/2003 trova conferma nella regolamentazione comunitaria in materia di lavoro temporaneo laddove l'art. 5 della Direttiva 2008/104/Ce stabilisce che «per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, le condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro».

Approfondimenti

co, come le spese di viaggio, vitto e alloggio». Tale disposizione va letta nel senso di consentire di ritenere legittime voci retributive quali «indennità di distacco», da calcolarsi ai fini della determinazione del salario dei lavoratori distaccati, ai fini della comparazione con i minimi previsti dalla contrattazione collettiva applicabile in Italia.

Con specifico riguardo al settore edile deve ritenersi applicabile al lavoratore in somministrazione transnazionale la tariffa salariale minima stabilita dalla contrattazione collettiva provinciale, che ha carattere dell'applicabilità generale nel territorio di riferimento, dovendo tenere conto di quanto garantito dalle «casse edili», secondo quanto già in precedenza chiarito dallo stesso Ministero del Lavoro nella risposta ad interpello n. 24 del 3 settembre 2007.

Ancora con riferimento alle tariffe salariali la circolare n. 14/2015 richiama la risposta ad interpello 12 ottobre 2010, n. 33 dello stesso Ministero nella quale è stato precisato «che nella nozione di retribuzione devono essere ricomprese tutte le erogazioni patrimoniali del periodo di riferimento, al lordo di qualsiasi contributo e trattenuta. La retribuzione, così intesa, va dunque più strettamente legata alla definizione di "reddito da lavoro dipendente" valida ai fini fiscali e nella stessa rientrano tutte le erogazioni patrimoniali aventi causa nel rapporto di lavoro in senso lato, senza operare una comparazione per singola voce retributiva, che risulterebbe comunque impossibile in considerazione dei differenti regimi normativi applicabili nei diversi Paesi europei».

Allo scopo di tutelare in modo sostanziale i crediti retributivi vantati dai lavoratori in regime di distacco comunitario, anche nell'ambito di una somministrazione di lavoro transnazionale, il personale ispettivo può adottare la diffida accertativa per i crediti patrimoniali di cui all'art. 12 del D.Lgs. n. 124/2004, che ha per contenuto il differenziale retributivo accertato in sede ispettiva da notificarsi al datore di lavoro (agenzia di somministrazione comunitaria distaccante) ma anche all'utilizzatore (distaccatario nell'operazione di distacco comunitario) stabilito in Italia, in qualità di obbligato solidale.

Con riguardo ai *periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo* e alla *durata minima delle ferie annuali retribuite* si applicano le disposizioni sostanziali e il regime sanzionatorio stabiliti

dal D.Lgs. n. 66/2003 e il somministratore transnazionale sarà destinatario delle sanzioni pecuniarie amministrative e delle pene che formeranno oggetto di provvedimenti di prescrizione obbligatoria (ai sensi dell'art. 15 del D.Lgs. n. 124/2004) ove si tratti di accertare violazioni di natura penale.

Inoltre con riguardo alla tutela della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro si applicano le norme del D.Lgs. n. 81/2008 e le relative sanzioni penali e amministrative.

Analogamente per la tutela delle condizioni di lavoro delle lavoratrici gestanti e puerpere troveranno applicazione le disposizioni del D.Lgs. n. 151/2001, per la tutela dei bambini e degli adolescenti si applicherà la legge n. 977/1967 e, infine, per assicurare la parità di trattamento si applicano le norme contenute nel D.Lgs. n. 198/2006.

Ambito di tutela derivante dalla Direttiva 2014/67/UE (c.d. direttiva Enforcement)

La circolare n. 14/2015 richiama, quindi, la Direttiva 2014/67/UE del 15 maggio 2014 relativa all'applicazione della direttiva 96/71/CE, con modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 che attiene alla cooperazione amministrativa nel sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»)

La direttiva 2014/67/UE tende ad assicurare che le disposizioni contenute nella direttiva 96/71/CE vengano applicate in maniera maggiormente efficace, anzitutto precisando la nozione di «distacco», garantendo la certezza del diritto per i lavoratori distaccati e i prestatori di servizi (art. 4).

L'art. 11 della direttiva punta poi a garantire l'applicazione dei diritti e il trattamento delle denunce, attraverso la possibilità per le organizzazioni sindacali e associazioni datoriali di promuovere per conto del lavoratore distaccato o del suo datore di lavoro, «ogni procedimento giudiziario o amministrativo» diretto a ottenere le tutele previste per i lavoratori in distacco comunitario e somministrazione transnazionale.

La Direttiva Enforcement, inoltre, mira ad assicurare l'effettività delle sanzioni amministrative e penali e a permettere agli Stati membri di imporre obblighi e misure di controllo per assicurare la vigilanza sul rispetto delle previsioni di tutela (art. 9) e di consentire una efficiente coope-

Approfondimenti

razione tra le autorità nazionali competenti anche attraverso il sistema IMI (art. 6).

Documentazione oggetto di esame

Da ultimo la circolare n. 14/2015 pone attenzione alla documentazione utile per verificare l'effettivo rispetto delle condizioni di lavoro e la regolarità del rapporto tra agenzia di somministrazione comunitaria e lavoratore in somministrazione transnazionale.

A questo proposito il Ministero del lavoro ripropone la *check list* contenuta nel documento del novembre 2010 «*Il distacco dei lavoratori nell'Unione Europea. Vademecum ad uso degli ispettori del lavoro e delle imprese*», con riferi-

mento ai documenti che il personale ispettivo potrà procedere a richiedere e acquisire:

- contratto di somministrazione di lavoro
- autorizzazione amministrativa del Paese di stabilimento dell'agenzia di somministrazione europea;
- documenti di riconoscimento del personale somministrato;
- contratti individuali di lavoro del personale somministrato;
- modelli A1 dei lavoratori interessati;
- prospetti paga già elaborati ovvero documentazione idonea a dimostrare il pagamento della retribuzione ed il relativo importo oltre alla tracciatura dell'orario di lavoro;
- documentazione in materia di salute e sicurezza.