



STUDIO PERUZZI TRIGGIANI DANI

Via L. Giuntini, 50/N – 50053 Empoli (FI)
Tel. 0571.994128 – Fax 0571.992326 - 592892
E-mail: info@studioperuzzi.com
Web: www.studioperuzzi.com

Rag. Franco Peruzzi
CONSULENTE DEL LAVORO
Dott. Franca Peruzzi
CONSULENTE DEL LAVORO
Rag. Giovanni Peruzzi
CONSULENTE DEL LAVORO

Dott. Raffaele Triggiani
COMMERCIALISTA REVISORE LEGALE
Dott. Stefano Dani
COMMERCIALISTA REVISORE LEGALE
Dott. Fulvia Peruzzi

Empoli, 20/03/2019

A tutte le Aziende
Loro sedi

Circolare Flash n° 6

Oggetto: **SOMMINISTRAZIONE FRAUDOLENTE NELLE FIGURE CONTRATTUALI NON REGOLARI**

· Ispettorato Nazionale del Lavoro, Circolare n. 3 dell'11 febbraio 2019

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro, con la Circolare n. 3 dell'11 febbraio 2019, ha fornito le indicazioni operative circa le ipotesi in cui ricorre il reato di somministrazione fraudolenta. Nel particolare, sono state individuate le linee guida per riconoscere la fattispecie di reato all'interno di istituti contrattuali non regolari.

Come già affrontato nella nostra circolare flash n. 5/2019 e nella nostra comunicazione del 20 febbraio 2019 relativa alla somministrazione illecita, ritorniamo su questi argomenti alla luce dei chiarimenti da parte dell'INL, e come si ricorderà il Decreto Dignità (DL n. 87/2018, convertito in Legge n.96/2018) ha **reintrodotto** il reato di **somministrazione fraudolenta** all'art.38-bis del D. Lgs n.81/2015.

Il reato era già previsto nel nostro ordinamento all'interno della Legge Biagi (D. Lgs n.276/2003) e successivamente era stato abrogato dal Jobs Act.

Il dettato normativo prevede che il reato **si realizzi** ogni volta in cui:

- *“la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore.”*

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro con la Circolare in commento illustra alcune casistiche in cui può ricorrere il reato di **somministrazione fraudolenta**, affermando che questo può sussistere anche nei casi di **appalto illecito**, **somministrazione irregolare** e **distacco non genuino** purché ci sia l'intento fraudolento di eludere la normativa in derogabile di legge o del contratto collettivo e ottenere così un risparmio sul costo del lavoro.

SOMMINISTRAZIONE ILLECITA E FRAUDOLENTA

La **somministrazione illecita o irregolare** è quella esercitata in violazione dell'art. 4, comma 1, lettere a) e b) del D. Lgs n.276/2003 e degli articoli 30,31 e 32 del D. Lgs n. 81/2015.

Per l'esercizio della somministrazione, **l'ente che fornisce personale a terzi deve possedere l'apposita autorizzazione, rispettare i limiti numerici e i divieti di sostituzione di altri dipendenti. In difetto di tali requisiti, la somministrazione si definisce irregolare o illecita e vengono irrogate le sanzioni amministrative di cui all'art. 18 del D. Lgs n. 276/2003, così come rivalutate dall'articolo 1, comma 445 della Legge n. 145/2018.**

Diversa è la **somministrazione fraudolenta**, introdotta all'art. 38-bis del D. Lgs n. 81/2015, che invece è un reato e ricorre quando si utilizza impropriamente l'istituto della somministrazione con il solo fine di eludere l'applicazione delle norme di legge o contrattuali.

L'**intento elusivo e fraudolento** alla base del reato si realizza all'interno di diversi schemi contrattuali utilizzati impropriamente: la violazione delle discipline legali di alcuni istituti si traduce in una somministrazione di personale non autorizzata. La circostanza per cui l'istituto è stato impropriamente usato è la dimostrazione dell'intento fraudolento di aggirare le norme da applicare.

I CASI DI SOMMINISTRAZIONE FRAUDOLENTA

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro con la Circolare n. 3/2019 ha individuato alcune ipotesi tipiche nelle quali può configurarsi la figura di reato di somministrazione fraudolenta.

Ciò che accomuna le ipotesi tipiche elencate dall'Ispettorato è che in ciascuna di queste la **figura contrattuale di riferimento non è stata correttamente utilizzata** e, di conseguenza, si è realizzata una **somministrazione non autorizzata**. L'intento di aggirare le norme da applicare appare evidentemente provato dalla circostanza che non si è rispettata la disciplina legale di riferimento.

Appalto illecito

L'appalto illecito, poiché svolto in violazione dell'art. 1655 c.c., realizza la fattispecie di somministrazione fraudolenta proprio perché, in assenza dei requisiti legali, configura una somministrazione a sua volta non autorizzata.

Il caso può essere quello di un datore di lavoro che contrae un rapporto di **appalto fittizio** con una società al solo fine di ottenere prestazioni di lavoro ad un **costo più basso** rispetto ad un'**assunzione diretta**.

Per definirsi regolare, il contratto di appalto deve rispettare alcuni requisiti imposti in capo all'appaltatore:

- Organizzazione dei mezzi necessari;
- esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati;
- assunzione del rischio di impresa.

Senza il rispetto dei requisiti previsti dalla legge, **l'appalto irregolare risulta essere una somministrazione di lavoro sotto mentite spoglie e il ricorso ad un appalto illecito rappresenta una prova dell'intento fraudolento di elusione di norme di legge e di contratti collettivi.**

L'elusione si sostanzia nella violazione delle norme

- inerenti al **trattamento retributivo**, ovvero
- che sanciscono **divieti**, specifici **limiti** oppure determinati **requisiti** per la somministrazione di lavoro.

L'eventuale **risparmio** conseguito utilizzando il trattamento retributivo previsto dal CCNL dell'appaltatore, e quindi il minore imponibile contributivo, è un'ulteriore **prova** dell'intento fraudolento.

L'INL aggiunge che valgono come **elementi istruttori** anche la **posizione finanziaria** non positiva dell'impresa committente o semplicemente l'**impossibilità**, stando al fatturato annuo, di **sostenere i costi** del personale necessario per far fronte alla propria attività.

Riassunzione tramite agenzia di somministrazione

L'ipotesi è quella della società che licenzia il proprio dipendente per poi farlo assumere da un'agenzia di somministrazione al fine di **riutilizzarlo** tramite un **contratto di somministrazione**.

Poiché lo schema dell'illecito è attuato attraverso l'agenzia interinale regolarmente autorizzata nella propria attività, la prova dell'intento fraudolento deve essere fornita con maggior rigore.

Distacco non genuino

Al solo fine di non applicare la normativa italiana oppure il contratto collettivo del settore, un'azienda potrebbe ricorrere all'impiego di lavoratori distaccati attraverso un distacco in violazione della disciplina di cui all' art. 30 del D. Lgs n. 276/2003, ovvero nell'ipotesi di distacco transnazionale "non autentico"(art. 3, D. Lgs n.136/2016).

Il distacco per dirsi genuino deve:

- essere temporaneo;
- realizzare un interesse del distaccante;
- conservare la titolarità del rapporto di lavoro in capo al distaccante.

Affinché il distacco non genuino realizzi una forma di somministrazione fraudolenta, nel caso di distacco transnazionale non basta il verificarsi del risparmio contributivo ottenuto con l'applicazione del regime previdenziale straniero, ma si deve accertare anche la violazione degli obblighi e delle condizioni di lavoro e occupazione di cui all'art. 4 del D. Lgs n. 136/2016.

SANZIONI

La sanzione comminata per il reato di somministrazione fraudolenta è l'**ammenda** di 20 euro, **sia per il somministratore che per l'utilizzatore**, per ciascun lavoratore e per ogni giorno di somministrazione, **ferma restando** l'irrogazione della **sanzione amministrativa** per la somministrazione illecita qualora ricorra anche tale fattispecie.

Nel **caso di somministrazione fraudolenta** realizzata **per mezzo di un appalto illecito**, il personale ispettivo potrà:

- contestare la violazione di cui all'art. 18 del D. Lgs n. 276/2003 e conseguentemente irrogare la **sanzione amministrativa** prevista per la **somministrazione irregolare** pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro, sia nei confronti dello pseudo appaltatore che nei confronti del committente/utilizzatore (in tal caso non è ammessa la procedura di diffida ex art. 13 del D. Lgs n. 124/2004);
- adottare la **prescrizione obbligatoria** (art. 15, D. Lgs n. 124/2004) intimata allo pseudo appaltatore volta a far cessare la condotta antiggiuridica, oltre che intimare al committente fraudolento di **regolarizzare** alle proprie dipendenze i lavoratori impiegati per tutta la durata del presunto appalto;
- adottare il provvedimento della **diffida accertativa** (art. 12, D. Lgs n. 124/2004) nei confronti dell'utilizzatore per i crediti vantati dai lavoratori a fronte delle differenze retributive.

La diffida accertativa consiste in **un ordine** rivolto al datore di lavoro finalizzato ad **obbligarlo al pagamento immediato** entro un termine prefissato, di crediti retribuiti e non, dovuti ai lavoratori per effetto dello svolgimento della prestazione lavorativa nell'ambito di un **inquadramento contrattuale o normativo irregolare**.

Si ricorda che tale strumento ha valore di **titolo esecutivo**. Il calcolo delle giornate rileverà sia per la sanzione amministrativa che per l'ammenda. Quanto detto finora è **valido anche** per le ipotesi di somministrazione fraudolenta messa in atto attraverso il **distacco transnazionale "non autentico"** dove si ravvisi l'intento di eludere le norme in derogabili da applicare.

Nel caso di sola **somministrazione fraudolenta**, realizzata attraverso una somministrazione regolare, invece, il personale ispettivo applicherà:

- la **sola pena dell'ammenda** di 20 euro per ciascun lavoratore e per ogni giorno di somministrazione;
- la **prescrizione obbligatoria**(art. 15,D. Lgs n. 124/2004) e la **diffida accertativa** (art. 12,D. Lgs n. 124/2004) nei confronti dell'utilizzatore;
- l'**imputazione** all'utilizzatore di tutti gli atti compiuti dal somministratore relativi alla costituzione e alla gestione del rapporto di lavoro (art. 38, comma 2, D. Lgsn. 81/2015).

Diffida accertativa: ulteriori precisazioni

L'ispettorato rettifica quanto contenuto nella sua precedente Circolare n. 10/2018, affermando che per l'appalto non genuino in cui si ravvisi l'intento fraudolento è **sempre ammissibile** applicare la diffida accertativa di cui all'art. 12 del .Lgs. n. 124/20044 nei confronti del **committente/utilizzatore**, equindinonsoloneiconfrontidell'appaltatore,sullascortadelCCNLdaquest'ultimoapplicato.

Nella Circolare n. 10/2018 l'INL affermava che:

- *"nelle ipotesi di appalto illecito la circostanza che il lavoratore sia considerato dipendente dell'effettivo utilizzatore della prestazione non è automatica, ma è subordinata al fatto costitutivo dell'instaurazione del rapporto di lavoro su domanda del lavoratore. Ciò comporta che, in assenza della costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore per effetto del mancato esercizio dell'azione di cui all'art. 414 c. p. c. e al di fuori dei casi di imputazione automatica del rapporto di lavoro[...], il provvedimento di diffida accertativa potrà essere adottato esclusivamente nei confronti dello pseudo appaltatore".*

Infatti, secondo l'interpretazione dell'INL, **il comma 3 bis dell'art. 29 del D. Lgs n. 276/2003**, che ammette la **costituzione** dei **dipendenti** coinvolti nell'appalto irregolare alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore solo previa domanda giudiziale, è applicabile alle ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 29 (**appalto non genuino**) e non anche al reato di somministrazione fraudolenta cui all'art. 38-bis.

Per il **solo caso di appalto non genuino**, in violazione dell'art. 1655 c. c., senza che ricorra anche la somministrazione fraudolenta, **la diffida accertativa rimane invece operante solo nei confronti dell'appaltatore**.

IL REGIME TRANSITORIO

Il reato di somministrazione è un reato **permanente**, intendendosi con tale espressione la necessità che la condotta si ripeta nel tempo e attraverso molteplici eventi affinché sia incriminata, poiché un'azione sola non sarebbe sufficiente a realizzare l'ipotesi di reato. Nel momento in cui le violazioni cessano e si

interrompe la condotta, allora potrà ritenersi **consumata** la fattispecie di reato. Quello sarà il momento a partire dal quale decorrerà **la prescrizione** e il riferimento temporale per la **norma da applicare**.

- La sanzione prevista per il reato di somministrazione fraudolenta si applica a
- tutte le condotte che abbiano avuto inizio dal 12 agosto 2018 (data di entrata in vigore della Legge n. 96/2018 che ha introdotto il reato).

Rispetto alle condotte iniziate prima dell'entrata in vigore della Legge n. 96/2018 e terminate successivamente, trovano applicazione:

- l'art. 18 del D. Lgs n. 276/2003, **sanzione amministrativa di 50 euro per ogni lavoratore** e per giorno di somministrazione antecedente al 12 agosto 2018;
- l'art. 38-bis del D. Lgs n. 81/2015, ovvero **l'ammenda di 20 euro per ogni lavoratore** per i giorni di somministrazione a decorrere dal 12 agosto 2018.

STUDIO PERUZZI TRIGGIANI DANI