



Roma, 14 aprile 2016

Note sulla proposta di direttiva recante modifica della direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori

All. 1

La Commissione europea ha adottato una proposta di direttiva destinata a riformare la Direttiva n. 96/71 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito del mercato dei servizi (COM(2016)128 del 9 marzo 2016: allegato 1). La nuova direttiva, se adottata, si affiancherebbe alla Direttiva c.d. "Enforcement" n. 2014/67 - ancora in corso di implementazione da parte degli Stati membri (Italia compresa) - che non ha inciso sulla direttiva del 1996, ma che mira piuttosto a garantirne la piena e corretta applicazione.

Si tratta di un'iniziativa di fondamentale importanza per il futuro del funzionamento del mercato unico, perché con essa si intende porre rimedio ai problemi dovuti ad un sistema di regole europee relative alla mobilità temporanea di lavoratori all'interno dell'UE che si è rivelato inidoneo a contrastare fenomeni di dumping sociale e retributivo. Questi problemi, come noto, sono emersi con tutta evidenza a seguito di una serie di sentenze della Corte di giustizia nelle quali i giudici europei hanno applicato la Direttiva n. 96/71 come normativa che impedisce agli Stati ed ai sindacati di imporre alle imprese straniere il pieno rispetto degli standard normativi e retributivi fissati dai contratti collettivi ad efficacia non generalizzata vigenti sul territorio nazionale.

La proposta della Commissione è un segnale senz'altro positivo, come prova il fatto che alla sua adozione si sono fortemente opposte sia le organizzazioni datoriali europee sia i paesi dell'est, "esportatori" di manodopera a basso costo. D'altra parte è la prima volta, nella travagliata storia della disciplina del distacco transnazionale, che l'organo di governo dell'UE dichiara espressamente di ispirare il proprio intervento al "*principio che lo stesso lavoro nello stesso posto dovrebbe essere*

retribuito allo stesso modo” (come si legge nella relazione di accompagnamento della proposta); ed in ciò non può non cogliersi un significativo cambio di approccio al problema del dumping salariale. Tuttavia il testo della proposta tradisce una persistente prudenza nel tradurre tale principio in precetti normativi; una prudenza in parte inevitabile, non solo per motivi politici (viste le già citate contrastanti posizioni in merito all’iniziativa), ma anche per motivi “strutturali”, dovuti cioè alla necessità di tener conto delle norme del Trattato sul funzionamento dell’UE che sovrintendono all’integrazione del mercato unico. Il testo licenziato dalla Commissione, quindi, se venisse tradotto in direttiva, senz’altro migliorerebbe il quadro esistente, ma non appare capace di risolvere tutti i problemi scaturiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Quattro sono i profili della Direttiva 96/71 sui quali la Commissione propone delle modifiche; su ciascuno di essi si soffermano i brevi appunti che seguono.

* * *

Il primo profilo sul quale la proposta della Commissione intende incidere attiene alla durata del distacco. Con il nuovo art. 2-bis si introduce infatti il limite temporale di 24 mesi, superato il quale *“lo Stato membro in cui il lavoratore è distaccato è considerato quello in cui il suo lavoro è abitualmente svolto”* (par. 1). La regola vale sia nel caso in cui il distacco superi di fatto il limite temporale, sia nel caso in cui sia ab origine “prevista” una sua durata superiore a tale limite.

Con questa nuova norma si estenderebbe alla disciplina del rapporto di lavoro del lavoratore distaccato la stessa regola già dettata dal Regolamento n. 883/04 in relazione al regime previdenziale ad esso applicabile. Ai sensi dell’art. 12 del Regolamento n. 883/04 infatti la durata massima di iscrizione nel sistema di sicurezza sociale del paese di invio (cioè dove ha sede il datore) di un lavoratore distaccato all’estero è, appunto, 24 mesi; superato tale limite sorge l’obbligo di iscrizione presso gli enti competenti dello Stato ospitante. Il limite introdotto dalla proposta di direttiva è però più rigido, visto che (al contrario di quanto dispone l’art. 16 del Regolamento n. 883/04) non è prevista la possibilità di prorogarlo attraverso un accordo tra le autorità competenti degli Stati membri interessati dal distacco. Resta quindi la possibilità di uno sdoppiamento tra regime lavoristico e previdenziale applicato al lavoratore distaccato.

Di estrema importanza anche la norma antielusiva prevista dal paragrafo 2 dell’art. 2-bis, che permette il calcolo per sommatoria della durata del distacco, nel caso in cui un lavoratore sia sostituito da un altro per svolgere le medesime mansioni (tourbillon di lavoratori); sempre che i diversi distacchi durino almeno 6 mesi. Previsione, quest’ultima, da leggere come un tributo alla logica della proporzionalità.

L'importanza sistematica della nuova regola sulla durata massima del distacco si coglie se si considera che essa modifica non solo e non tanto la Direttiva n. 96/71, quanto piuttosto il Regolamento n. 593/08 (c.d. Roma I) relativo alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

L'intera Direttiva 96/71 può infatti considerarsi una normativa speciale di diritto internazionale privato, pur non incidendo direttamente sulla selezione della legge applicabile. Quest'ultima - anche per i lavoratori distaccati rientranti nell'ambito di applicazione della Direttiva 96/71 - va individuata in base ai criteri dettati dall'art. 8 del Regolamento Roma I, ai sensi del quale, in caso di permanenza "temporanea" all'estero, al lavoratore continua ad applicarsi la legge del paese di origine (cioè, di norma, dove ha sede il datore che lo invia), in quanto luogo nel quale il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro. La Direttiva 96/71 individua piuttosto un "nucleo duro" di norme inderogabili da applicare comunque al rapporto di lavoro del lavoratore distaccato, qualunque sia la legge ad esso applicabile (le c.d. norme di applicazione necessaria, cui fa riferimento l'art. 9 del Regolamento Roma I).

Sino ad oggi, l'individuazione della legge applicabile ai lavoratori distaccati (al di là del "nucleo duro" di norme inderogabili) è dipesa dalla valutazione in merito al carattere temporaneo (o non) della presenza all'estero; valutazione ampiamente discrezionale, di fatto rimessa ai giudici nazionali e fondata su criteri tra i quali quello della "temporaneità" (pur di centrale rilevanza) non è da considerarsi di per sé risolutivo. La Direttiva n. 2014/67 ("Enforcement") non ha modificato il quadro di principi internazional-privatistici in merito, recependo e positivizzando piuttosto tali criteri nella norma con la quale si dettano gli indici in base ai quali le autorità nazionali competenti (in primis, quelle ispettive) devono accertare il carattere "genuinamente" temporaneo del distacco, per contrastarne l'utilizzo abusivo (art. 4).

Con il nuovo art. 2-bis si intende introdurre invece un criterio di valutazione "rigido", fondato sulla durata della permanenza all'estero e tale quindi da permettere di identificare con certezza la legge applicabile: superati i 24 mesi, il lavoratore non può più considerarsi "temporaneamente" presente sul territorio dello Stato ospitante.

La novità non è di poco conto, perché contraddice il carattere "flessibile" che tradizionalmente caratterizza le norme internazional-privatistiche.

Se la *ratio* di tutela è da apprezzare, tuttavia i 24 mesi restano un tempo estremamente lungo di permanenza in distacco sul territorio di uno Stato straniero.

La comprensibile esigenza di rendere omogeneo regime lavoristico e previdenziale del lavoratore, non deve far perdere di vista come la regolazione "transnazionale" di detti regimi risponda a logiche diverse; riguardo al profilo previdenziale, la prolungata iscrizione in un regime diverso dal luogo di esecuzione della prestazione può giustificarsi per la necessità di evitare

frammentazioni nella storia contributiva del lavoratore. Necessità che non sussiste quando si tratta di definire i trattamenti economici e le condizioni di lavoro da applicare al lavoratore.

Proprio per questa ragione, se il nuovo art. 2-bis sarà confermato nella versione definitiva, diventerà estremamente importante sostenerne un'interpretazione come norma di protezione minima, tale cioè da lasciar spazio ad una valutazione sul carattere o meno temporaneo del distacco già durante i "primi" 24 mesi di presenza sul territorio nazionale, secondo i criteri (flessibili) sino ad oggi utilizzabili per identificare la natura "temporanea" della presenza all'estero ai sensi del Regolamento Roma I.

La ratio di tutela della norma verrebbe insomma svuotata se si interpretasse quello dei 24 mesi come un limite che (*a contrario*) definisce la durata di un distacco presuntivamente genuino.

Dovrebbe anche restare rilevante la valutazione in merito all'effettiva instaurazione di un rapporto di lavoro prima che sia operato il distacco ed in merito alla sua continuazione dopo che il distacco è terminato. Lo impone il Reg. Roma I, a norma del quale, la presenza del lavoratore all'estero può considerarsi "temporanea" se il lavoratore "*deve riprendere il suo lavoro nel paese d'origine dopo aver svolto il suo compito all'estero*" (considerando 36, a chiarimento dell'art. 8).

Il rischio da scongiurare è insomma quello già emerso in relazione al limite di durata del distacco relativo al regime di iscrizione al sistema di sicurezza sociale, che ha finito per fungere da criterio di presunzione *ex lege* di legittimità del distacco.

D'altra parte - come detto - la proposta di direttiva non modifica l'art. 4 della Direttiva n. 2014/67, e resterebbero dunque validi gli indici di "temporaneità" ivi elencati. A questi indici - ed a quelli (sempre previsti dall'art. 4 della Direttiva 2014/67) funzionali ad accertare la genuinità dell'attività d'impresa svolta all'estero dal datore di lavoro - si aggiungerebbe dunque il limite dei 24 mesi come limite massimo insuperabile di durata del distacco.

Così interpretata, la nuova disposizione potrebbe apportare un (pur debole) miglioramento al quadro esistente; posto che resta auspicabile la previsione di un più breve termine di durata del distacco nella versione definitiva della nuova direttiva.

* * *

La seconda modifica contenuta nella proposta di direttiva della Commissione può leggersi come il recepimento dei principi enunciati nella sentenza resa dalla Corte di giustizia il 12 febbraio 2015 nella causa *Sähköalojen ammattiliitto* (C-396/13), con la quale i giudici europei hanno ampliato significativamente la nozione di "tariffe minime salariali" di cui all'art. 3, par. 1, lett. c), Direttiva n. 96/71 in modo da includervi qualsiasi voce retributiva capace di contribuire alla tutela sociale del lavoratore, tenuto conto del diverso costo della vita del paese ospitante.

Tale recepimento è sancito dalla sostituzione della nozione di “*tariffa minima*” con quella più generica di “*retribuzione*”; nozione tendenzialmente omnicomprensiva, perché con essa (specifica lo stesso “nuovo” art. 3, par. 1) “*si intendono tutti gli elementi della retribuzione*”.

La modifica è estremamente significativa in quanto segnala il superamento da parte della Commissione della lettura “minimalista” della Direttiva 96/71 all’origine della famosa sentenza *Laval*: in materia retributiva, al lavoratore distaccato non spetterebbero più solo tutele “minime”, ma varrebbe il principio della piena parità di trattamento con i lavoratori stabilmente impiegati sul territorio nazionale.

E tuttavia, proprio il rigoroso ossequio a questo principio rischia di rendere la nuova norma un’arma spuntata negli ordinamenti che, come l’Italia, non attribuiscono “efficacia generale” al contratto collettivo. Nella nuova versione dell’art. 3, par. 1, si ribadisce infatti (rinviando al par. 8, co. 2, dello stesso art. 3 della Direttiva 96/71, paragrafo che non viene modificato) che le imprese distaccanti con sede all’estero possono essere vincolate dallo Stato ospitante a rispettare la parte economica del contratto collettivo, solo se questo ha efficacia generale, per lo meno in via di fatto; se cioè lo Stato ospitante può provare che tutte le imprese nazionali operanti nel settore e sul territorio interessato dal distacco “*sono soggette ai medesimi obblighi, aventi i medesimi effetti*”. Prova che lo Stato italiano non può fornire.

La parità di trattamento quindi, per i lavoratori distaccati in Italia, dovrebbe restare limitata a quelle voci retributive considerate dalla giurisprudenza espressione della “retribuzione equa”, in virtù del combinato disposto degli artt. 36, co. 1, Cost. e 2099, co. 1, cod. civ., e cioè: minimi tabellari, ex contingenza, scatti di anzianità e poco altro. E ciò indipendentemente da quanto prescritto dall’art. 3, co. 1, d.lgs. n. 72/2000, che sancisce l’obbligo di integrale rispetto dei contratti collettivi firmati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; un obbligo che va riletto alla luce dei vincoli di diritto dell’Unione, pena la contrarietà allo stesso della vigente disciplina nazionale di recepimento della Direttiva 96/71.

L’impatto sull’ordinamento italiano della proposta di direttiva in discussione può comunque essere rilevante. Non solo se, ovviamente, essa fornirà il pretesto (se ce ne fosse bisogno...) per mettere fine alla storica inattuazione dell’art. 39, co. 4 della Costituzione. L’art. 3, par. 1, della proposta di direttiva impone, infatti, agli Stati membri di pubblicare sul sito web ufficiale nazionale creato ai sensi dell’art. 5 della Direttiva n. 2014/67 “*gli elementi costitutivi della retribuzione*” che le imprese straniere sono tenute ad erogare. Tale obbligo si sovrappone (precisandone il contenuto) a quello già dettato dal citato art. 5, par. 4, della Direttiva n. 67, che fa carico agli Stati di fornire informazioni ai prestatori di servizi stranieri ed ai lavoratori distaccati in merito agli “*elementi costitutivi*” delle “*tariffe minime salariali*”. L’adozione della nuova direttiva renderebbe ineludibile

un chiarimento in merito alle voci della retribuzione che, nell'ordinamento italiano, sono da considerare di obbligatoria applicazione per tutte le imprese che operano in un determinato settore.

L'adempimento di un simile onere trova però un ostacolo oggettivo nella non univoca giurisprudenza nazionale in materia di minimi salariali, fondata sull'art. 36 Cost. Per tacere dell'incertezza in merito alla stessa selezione del contratto collettivo da assumere come parametro per identificare la "equa retribuzione" dei lavoratori distaccati, posta la possibile coesistenza di una pluralità di contratti astrattamente applicabili all'impresa straniera. In un tale quadro di opacità, diventa difficile identificare gli standard retributivi cui vincolare le imprese straniere senza rischiare di infrangere il principio della parità di trattamento con le imprese nazionali che operano nel suo stesso ambito di attività. Naturalmente questo genere di problemi sarebbe risolto da una legge sindacale che ponesse ordine per tutti (e non solo per le imprese straniere) al nostro sistema di relazioni sindacali.

La nuova nozione di "retribuzione" adottata dalla proposta di direttiva non sembra destinata invece ad incidere sulla cd. "dottrina Laval", cioè sul principio per cui non è ammesso ad un sindacato indurre un'impresa straniera a firmare un contratto collettivo privo di efficacia generale attraverso l'arma del conflitto, perché far dipendere la determinazione degli obblighi retributivi gravanti sull'impresa straniera da una negoziazione "case by case" dall'esito incerto comporterebbe un intralcio ingiustificato alla libera prestazione di servizi (come appunto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Laval*). Questi controversi principi regolatori del mercato dei servizi non sono smentiti dal "nuovo" art. 3 della Direttiva 96/71, nel quale - come denunciato dalla Confederazione europea dei sindacati nel documento *Revision of the Posting of Workers Directive: ETUC assessment for further consultation*: allegato 2) - continua a mancare ogni riferimento all'esercizio dell'azione sindacale come strumento di contrasto al dumping.

* * *

Il paragrafo 1-bis dell'art. 3 prevede la possibilità per gli Stati membri di obbligare le "imprese" nazionali a subappaltare ad imprese che distaccano lavoratori sul suo territorio solo ove "garantiscono il rispetto di determinate condizioni di lavoro e occupazione relative alla retribuzione"; ciò sempre che sia rispettato il principio di parità di trattamento, ovvero che il medesimo obbligo valga in caso di subappalto ad imprese stabilite nel territorio nazionale. La norma non si riferisce dunque agli appalti pubblici, ma agli appalti tra imprese private. Il termine "subappalto" rischia per altro di essere fuorviante; esso rappresenta la traduzione letterale del termine inglese (*sub-contracting*), che comprende qualsiasi rapporto contrattuale tra appaltante e appaltatore.

C'è da chiedersi se la disposizione intenda contraddire quanto affermato dalla Corte di giustizia nella “storica” sentenza *Rüffert* (C-346/06) in merito all'utilizzo delle clausole sociali di “equo trattamento” negli appalti pubblici, considerate potenzialmente contrarie ai principi del mercato interno ed ai vincoli posti dalla Direttiva 96/71. La sentenza non è stata smentita dalla successiva giurisprudenza dei giudici europei, i quali, da ultimo, hanno riconosciuto come legittime le clausole sociali che vincolano gli aggiudicatari di appalti a rispettare determinati standard minimi salariali, ma solo se questi ultimi sono fissati dalla legge e non da contratti collettivi di categoria privi di efficacia generale (Corte giust., 17.11.2015, causa C-115/14, *Regiopost*).

L'art. 3, par. 1-bis non sembra infatti giustificare di per sé l'utilizzo di clausole sociali nei capitolati di gara, ma consentirebbe piuttosto agli Stati di regolare la disciplina del contratto di appalto in modo tale da vincolare imprese appaltatrici nazionali e straniere al rispetto di determinati standard retributivi e, quindi, eventualmente, all'applicazione di contratti collettivi che fissano tali standard. In altre parole, in Italia la norma aprirebbe alla possibilità di adottare una regolazione degli appalti del genere di quella prevista dalla “vecchia” normativa sull'appalto di manodopera (art. 3 della legge n. 1369/60) che prevedeva l'obbligo di parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltante e dell'appaltatore, in qualsiasi ipotesi di appalto “interno”. Non sembra invece riguardare le norme di diritto nazionale che pongono in capo alle imprese aggiudicatrici l'obbligo di applicare integralmente i contratti collettivi firmati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative (art. 118, co. 6, d.lgs. n. 163/2006 e art. 4, D.P.R. n. 207/2010), né le omologhe disposizioni del futuro Codice dei contratti pubblici destinato a sostituire quello vigente (art. 30 e art. 105 dello schema di decreto approvato dal Governo il 3 marzo 2016).

Queste ultime disposizioni sembrano dunque destinate a trovare anche in futuro la propria legittimazione nella Direttiva 2014/24 sugli appalti pubblici, che è appunto in corso di recepimento, ed in particolare nell'art.18 che invita gli Stati ad adottare “*misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di pubblici appalti, rispettino gli obblighi ...stabiliti ... da contratti collettivi ...in materia di diritto del lavoro*”; una norma che lascia aperti margini di incertezza in merito alla possibilità di imporre l'integrale rispetto dei contratti collettivi alle imprese con sede al di fuori del territorio nazionale, dal momento che (come precisa la stessa Direttiva 2014/24, al considerando 98) essa va applicata “*conformemente alla direttiva 96/71/CE, quale interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*”.

Naturalmente, se la proposta della Commissione verrà approvata nella versione attuale, sarà opportuno supportare una diversa lettura del nuovo art. 3, par. 1-bis, tale da legittimare l'imposizione dell'obbligo di applicare i contratti collettivi anche (solo) alle imprese aggiudicatrici di appalti pubblici ed alle loro subappaltatrici, indipendentemente dal loro essere stabilite o meno

sul territorio nazionale. Ma la versione attuale della disposizione in questione rende problematica una simile lettura.

* * *

L'ultimo profilo toccato dalla proposta della Commissione attiene al distacco operato da agenzia di somministrazione di lavoro con sede in altri Stati membri.

La novità in questo caso non appare di particolare rilievo.

Il par. 1-ter dell'art. 3 prevede infatti che ai lavoratori distaccati da un'agenzia straniera si applichino le medesime condizioni di lavoro dei lavoratori somministrati da agenzia con sede sul territorio nazionale, ovvero che venga rispettato il principio della parità di trattamento previsto - pur con significative eccezioni - dall'art. 5 della Direttiva n. 2008/104 relativa al lavoro tramite agenzia.

Gli Stati già potevano regolare in tal modo il distacco transnazionale operato da un'agenzia straniera, a norma dell'art. 3, par. 9, della Direttiva 96/71, che la proposta in esame abroga. Di fatto la novità consiste nel trasformare in obbligo un potere (già sfruttato dal legislatore italiano con l'art. 4 del d.lgs. n. 72/2000).

Giovanni Orlandini, Università di Siena