

Andrea Allamprese, Silvia Borelli, Giovanni Orlandini (*)

LA NUOVA DIRETTIVA SUL DISTACCO TRANSNAZIONALE DEI LAVORATORI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Oggetto e campo di applicazione della Direttiva n. 2018/957. — 3. Le «tutele minime salariali» per i lavoratori in distacco transnazionale. — 4. La durata del distacco. — 5. Distacco e somministrazione di lavoro transnazionale. — 6. Subcontraenza. — 7. Cooperazione amministrativa. — 8. Difesa dei diritti e sanzioni. — 9. I settori esclusi.

1. — *Premessa* — Il 9.7.2018 è stata pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* la Direttiva n. 2018/957 del 28.6.2018, che apporta significative modifiche alla Direttiva n. 96/71 del 16.12.1996 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale: fattispecie che nell'ordinamento dell'Unione identifica l'invio di lavoratori in altri Stati membri per eseguire appalti, per svolgere prestazioni alle dipendenze di agenzie di somministrazione o nell'ambito di un distacco infragruppo.

La nuova Direttiva – che dovrà essere recepita dagli Stati entro il 30.7.2020 (cfr. l'art. 3) – si affianca alla Direttiva n. 2014/67 del 15.5.2014, che non ha inciso sulla Direttiva del 1996 ma mira piuttosto a garantirne la piena e corretta applicazione (1).

Si tratta di un'iniziativa rilevante, perché con essa si intende porre rimedio ad alcuni problemi generati dal sistema di regole relative alla mobilità temporanea di lavoratori all'interno dell'Unione europea che si è rivelato inidoneo a contrastare i fenomeni di *dumping* sociale e retributivo. Questi problemi sono emersi con tutta evidenza a seguito di una serie di sentenze della Corte di Giustizia dell'Ue nelle quali i giudici di Lussemburgo hanno applicato la Direttiva n. 96/71 come normativa che impedisce agli Stati – e ai sindacati – di imporre alle imprese straniere il pieno rispetto degli stan-

(*) Docenti di Diritto del lavoro, rispettivamente, presso l'Università di Modena e Reggio Emilia, presso l'Università di Ferrara e presso l'Università di Siena.

(1) La Direttiva n. 2014/67 è attualmente soggetta al riesame della Commissione che, nel giugno 2019, dovrebbe presentare una relazione sulla sua applicazione e attuazione (art. 24).

dard normativi e retributivi fissati dai contratti collettivi a efficacia non generalizzata vigenti sul territorio nazionale.

Il testo della nuova Direttiva migliora il quadro esistente, ma non appare capace di risolvere tutti i problemi scaturiti dalla suddetta giurisprudenza della Corte di Giustizia. Il problema della concorrenza giocata sul costo del lavoro attraverso il distacco transnazionale resta ancora lontano dall'essere risolto, e ciò per una serie di motivi. Innanzi tutto, in ragione del carattere inevitabilmente compromissorio di alcune disposizioni della nuova Direttiva. In secondo luogo, per il limitato ambito di incidenza di quest'ultima, che riguarda i soli profili di diritto del lavoro dei distaccati (salari e condizioni di impiego), ma non quelli previdenziali (e il connesso onere contributivo a carico dell'impresa straniera) (2). Infine, a causa dei problemi propri di alcuni sistemi di relazioni industriali nazionali (tra i quali quello italiano), le cui caratteristiche strutturali rendono particolarmente difficile il contrasto al *dumping* operato a livello transnazionale.

Nonostante il loro carattere compromissorio, le modifiche apportate dalla Direttiva n. 2018/957 hanno provocato la reazione di Polonia e Ungheria, che, nell'ottobre 2018, hanno depositato due ricorsi per annullamento di fronte alla Corte di Giustizia (3), a cui ha fatto seguito un comunicato unitario dei sindacati del gruppo di Visegrad contro l'iniziativa dei Governi polacco e ungherese, e a sostegno del recepimento della nuova Direttiva da parte degli Stati membri (4).

2. — *Oggetto e campo di applicazione della Direttiva n. 2018/957* — Vari sono i profili della Direttiva n. 96/71 in relazione ai quali la Direttiva n. 2018/957 apporta delle modifiche incisive. Il primo profilo attiene all'oggetto e all'ambito di applicazione della Direttiva n. 96/71.

In questa parte, si colloca la cd. «clausola di salvaguardia», finalizzata a garantire che la Direttiva n. 96/71 non comporti effetti limitanti l'esercizio dei diritti fondamentali, in particolare quelli all'azione sindacale e alla contrattazione collettiva, come riconosciuti dagli Stati membri e dall'Unione europea (5).

(2) Sul punto torneremo *infra*, par. 4.

(3) C-626/18, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*; C-620/18, *Ungheria c. Parlamento europeo*.

(4) *Joint statement of trade unions of the Visegrad Group on the current situation with Posted Workers Directive and the complaint of the Polish and Hungarian Governments to the Court of Justice of the EU on the revised directive*, 12.10.2018.

(5) Vd. il nuovo par. 1-*bis* dell'art. 1 della Direttiva n. 96/71, come introdotto dall'art. 1, punto 1, lett. *b*, della Direttiva n. 2018/957.

Il nuovo par. 1-*bis* dell'art. 1 della Direttiva n. 96/71 non solo richiama il doveroso rispetto dei diritti fondamentali, comprendendovi il diritto di sciopero, ma ribadisce che l'attuazione della Direttiva non deve pregiudicare «il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi, o di intraprendere azioni collettive in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali». La disposizione è rilevante giacché rappresenta la risposta legislativa alla nota decisione della Corte di Giustizia nel caso *Laval* (6), nella quale l'esercizio del diritto di sciopero è stato subordinato alla libertà delle imprese straniere di distaccare lavoratori in Stati membri diversi dal paese di stabilimento, senza essere costrette a negoziare con i sindacati dello Stato ospitante salari e condizioni di lavoro superiori agli standard minimi previsti dalla legislazione di quel paese.

L'intento del legislatore dell'Unione è chiaro: fornire ai diritti collettivi dei lavoratori più solide basi per giustificare compressioni delle libertà economiche nell'ambito del mercato unico. Resta da vedere se la formulazione introdotta con l'art. 1, punto 1, lett. *b*, della Direttiva n. 2018/957 sarà sufficiente a raggiungere tale obiettivo o se invece la Corte di Giustizia, ove fosse nuovamente chiamata a confrontarsi con il problema, ne limiterà l'impatto, valorizzando il carattere prevalente della libertà di prestazione dei servizi come libertà fondamentale sancita dal Trattato: cioè da una fonte primaria sovraordinata rispetto a una direttiva.

3. — *Le «tutele minime salariali» per i lavoratori in distacco transnazionale* — La seconda modifica apportata dalla Direttiva n. 2018/957 incide sulla definizione dei trattamenti retributivi da corrispondere ai lavoratori in distacco transnazionale. Siffatta modifica può leggersi come il recepimento dei principi enunciati nella sentenza resa dalla Corte di Giustizia nella causa *Sähköalojen ammattiliitto* (7), con la quale i giudici di Lussemburgo hanno ampliato significativamente la nozione di «tariffe minime salariali» di cui all'art. 3, par. 1, c. 1, lett. *c*, della Direttiva n. 96/71 (nella versione precedente alla modifica di cui parliamo), in modo da includervi qualsiasi voce retributiva capace di contribuire alla tutela sociale del lavoratore distaccato, tenuto conto del diverso costo della vita dello Stato membro ospitante. Tale recepimento è sancito dalla sostituzione della nozione di «tariffa minima» con quella più ampia e generica di «retribuzione» (art. 3, par. 1, c. 1, nuova lett. *c*, Direttiva n. 96/71): nozione tendenzial-

(6) C. Giust. 18.12.2007, C-341/05, *Laval v Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, in *Racc.*, 2007, I, 11767. Sul punto, vd. Rocca 2018.

(7) C. Giust. 12.2.2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:85.

mente omnicomprensiva giacché con essa – specifica lo stesso art. 3, par. 1, nuovo c. 3 – «si intendono tutti gli elementi costitutivi della retribuzione resi obbligatori da disposizioni legislative, da contratti collettivi del paese ospitante [...] applicabili a norma del paragrafo 8». All'art. 3, par. 1, c. 1, si aggiunge, poi, il diritto del lavoratore in distacco transnazionale a ricevere quanto eventualmente riconosciuto ai lavoratori nazionali lontani da casa per motivi professionali a titolo di «indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio» (lett. *i*). La norma, tuttavia, si riferisce solo «alle spese di viaggio, vitto e alloggio, sostenute da lavoratori distaccati qualora gli stessi debbano recarsi al loro abituale luogo di lavoro nello Stato membro nel cui territorio sono distaccati e fare da esso ritorno, ovvero qualora siano inviati temporaneamente dal loro datore di lavoro da tale abituale luogo di lavoro verso un altro luogo di lavoro» (art. 3, par. 1, c. 2). Al contrario, il «rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco» è regolato dalla normativa applicabile al rapporto di lavoro (8).

Le indennità versate a titolo di «rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco» non sono considerate parte della retribuzione. Al fine di contrastare prassi elusive assai diffuse da parte delle imprese – realizzate imputando nella retribuzione i rimborsi per le spese sostenute all'estero dal lavoratore distaccato –, la Direttiva n. 2018/957 introduce (vd. l'art. 3, nuovo par. 7, c. 3, Direttiva n. 96/71) una sorta di presunzione di imputazione a titolo di rimborso spese delle «indennità specifiche per il distacco», qualora dalle «condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al rapporto di lavoro» non sia chiaramente deducibile altrimenti.

I lavoratori distaccati hanno altresì diritto alle «condizioni di alloggio» qualora, nello Stato di distacco, «questo sia fornito dal datore di lavoro ai lavoratori lontani dal loro abituale luogo di lavoro» (art. 3, par. 1, c. 1, nuova lett. *b*, Direttiva n. 96/71).

Le modifiche in discorso sono estremamente significative in quanto segnalano il superamento della lettura «minimalista» della Direttiva n. 96/71 all'origine della già citata decisione della Corte di Giustizia nel caso *Laval*: in materia retributiva, al lavoratore straniero distaccato non spetterebbero più solo tutele «minime» (elementi base), ma varrebbe il principio della tendenziale parità di trattamento con i lavoratori stabilmente impiegati sul territorio nazionale.

Il profilo di maggior debolezza del regime del distacco transnazionale, anche dopo la riforma del 2018, attiene all'applicabilità ai lavoratori stra-

(8) Di regola, la legge del luogo abituale di lavoro: cfr. art. 3, nuovo par. 7, c. 2, Direttiva n. 96/71. Sul punto, vd. Rasnača 2019.

nieri dei contratti collettivi vigenti nel paese ospitante (9). E ciò: sia perché la parità di trattamento, sotto questo profilo, non riguarda l'eventuale trattamento più favorevole garantito ai lavoratori nazionali dalla contrattazione decentrata (aziendale e territoriale); sia perché resta eluso il problema dell'integrale applicazione degli stessi Ccnl in quei sistemi che (come l'Italia) non conoscono l'*erga omnes*.

Ci spieghiamo meglio. Nella nuova versione dell'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71 si stabilisce (rinviando al par. 8, c. 2, dello stesso art. 3, paragrafo che viene modificato) che i contratti collettivi conclusi dalle «organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale» possono essere applicati alle imprese straniere distaccanti soltanto se viene garantita nei fatti la «parità di trattamento» con le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga. Più specificamente, le imprese distaccanti con sede all'estero possono essere vincolate dallo Stato ospitante all'integrale rispetto della parte economica del contratto collettivo nazionale 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» (par. 8, nuovo c. 3). Prova che l'Italia non può fornire.

Sotto il profilo del trattamento contrattuale dei lavoratori distaccati, dunque, la nuova versione della Direttiva n. 96/71 non prospetta significativi cambiamenti per l'Italia, non permettendo di risolvere i problemi interpretativi cui hanno dato origine le disposizioni del d.lgs. 17.7.2016, n. 136 (di attuazione della Direttiva n. 2014/67). Il combinato disposto dell'art. 2, c. 1, lett. e, e dell'art. 4, c. 1, del d.lgs. n. 136/2016 configura l'obbligo in capo alle imprese straniere distaccanti di cui all'art. 1, cc. 1 e 4, di applicare ai lavoratori distaccati in Italia le «condizioni di lavoro e di occupazione» relative a determinate materie «disciplinate [...] dai contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015», ovvero firmati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Ma siffatto obbligo va declinato considerando quella sola parte economica del Ccnl la cui generale applicazione è garantita dal giudice nel nostro ordinamento, in virtù del principio della «retribuzione equa» sancito dall'art. 36 Cost. (e cioè: minimi tabellari, ex contingenza, tredicesima, scatti di anzianità) (10), e non può riferirsi a

(9) Vd. Giubboni, Orlandini 2018, 920 ss.

(10) Si tratta delle voci di norma riconosciute dalla giurisprudenza come componenti dell'equa retribuzione ex art. 36 Cost.; anche se gli orientamenti in materia sono – come noto – tutt'altro che univoci. Vd., per tutti, Ricci 2011, 635 ss.

«tutti gli elementi costitutivi della retribuzione» (secondo la formula dell'art. 3, par. 1, nuovo c. 3, della Direttiva n. 96/71) ai sensi del medesimo contratto collettivo, né ad altri istituti da esso regolati.

L'impatto sull'ordinamento italiano della nuova Direttiva n. 96/71 può comunque essere rilevante. L'art. 3, par. 1, nuovo c. 4, della 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 di cui al terzo comma» che le imprese straniere sono tenute a erogare. Tale obbligo si sovrappone, precisandone il contenuto, a quello già dettato dal citato art. 5, par. 4, della Direttiva n. 2014/67, che fa carico agli Stati membri di fornire informazioni ai prestatori di servizi stranieri e ai lavoratori distaccati in merito agli «elementi costitutivi» delle «tariffe minime salariali».

L'adozione della nuova Direttiva rende sempre più 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. In proposito rileva il ruolo del ministero del Lavoro, dal momento che – ottemperando a quanto prescritto dal testé citato art. 5 della Direttiva n. 2014/67 – l'art. 7, par. 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 136/2016 prevede che siano rese note sul sito web ministeriale le informazioni in discorso (11).

4. — *La durata del distacco* — Il terzo punto di incidenza della Direttiva n. 2018/957 concerne la previsione di un limite massimo di durata del distacco transnazionale, sino a oggi affidato alla valutazione in merito al carattere necessariamente «temporaneo» dello stesso (cfr. art. 2, par. 1, della Direttiva n. 96/71).

(11) Con la circolare n. 1/2017 dell'Ispettorato nazionale del lavoro (di seguito, Inl) sono state individuate le voci che concorrono a determinare i «trattamenti retributivi minimi» cui rinvia l'art. 2, lett. *e*, del d.lgs. n. 136/2016. L'Inl vi include non solo la paga base, ma anche: l'elemento distinto della retribuzione (voce retributiva collegata, come la paga base, alla qualifica contrattuale); le indennità legate all'anzianità di servizio (se collegate all'inquadramento contrattuale in gruppi retributivi e/o alla natura del lavoro svolto); i superminimi (individuali o per gruppi di lavoratori se collegati all'inquadramento contrattuale in gruppi retributivi e/o alla natura del lavoro svolto); le retribuzioni corrispettive per prestazioni di lavoro straordinario, notturno e festivo; le indennità di distacco (se compensative del disagio dovuto all'allontanamento dei lavoratori dal loro ambiente abituale) e di trasferta. È quanto meno dubbio che tutte le voci elencate nella circolare ministeriale rientrino nella nozione di retribuzione costituzionalmente necessaria *ex art.* 36 Cost.

Con il par. 1-*bis* dell'art. 3 della Direttiva n. 96/71 (12) si prevede che, dopo dodici mesi di presenza sul territorio di un altro Stato membro, ai lavoratori distaccati spettino «tutte le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro» stabilite da leggi, regolamenti e contratti collettivi efficaci *erga omnes* (13).

Pertanto, neanche al termine del periodo massimo di distacco può essere applicato quanto previsto dai contratti collettivi privi di efficacia generale e dai contratti aziendali. Inoltre, decorso il periodo massimo di distacco, lo Stato membro ospitante non può comunque applicare le «procedure, formalità e condizioni per la conclusione e la cessazione del contratto di lavoro, comprese le clausole di non concorrenza» (nuovo par. 1-*bis*, c. 2, lett. *a*), ovvero la disciplina del licenziamento e – almeno così sembra – dei contratti non standard, nonché i regimi pensionistici integrativi di categoria. Il Considerando n. 10 della Direttiva n. 2018/957 precisa inoltre che, anche una volta scaduto il termine di dodici (più eventualmente sei) mesi, qualsiasi disposizione applicabile ai lavoratori distaccati deve essere compatibile con la libera prestazione di servizi (deve, cioè, essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, ed essere, a tal fine, proporzionata e necessaria) (14).

Il c. 4 del nuovo art. 3, par. 1-*bis*, contiene una norma antielusiva, che permette il calcolo per sommatoria della durata del distacco, nel caso in cui un lavoratore sia sostituito da un altro per svolgere «le stesse mansioni nello stesso luogo». Va segnalato che, nell'ipotesi di distacco in sostituzione di altro lavoratore distaccato, il Regolamento n. 883/2004 (sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociali nazionali) prevede, da subito, l'applicazione della normativa di sicurezza sociale dello Stato ospitante (non vale cioè la regola che consente di applicare la legge dello Stato di origine per 24 mesi: art. 12, par. 1). La Corte di Giustizia Ue ha recentemente precisato che la norma sulla sostituzione dei lavoratori in distacco riguarda anche il caso in cui i datori di lavoro distaccanti siano diversi, qualora i lavoratori ricoprano lo stesso posto di lavoro nell'impresa utilizzatrice (15).

(12) Paragrafo introdotto dall'art. 1, punto 2, lett. *b*, della Direttiva n. 2018/957.

(13) Il termine di dodici mesi è poi prorogato fino a diciotto mesi «qualora il prestatore di servizi presenti una notifica motivata» (nuovo par. 1-*bis*, c. 3, della Direttiva n. 96/71). Tale disposizione lascia rilevanti margini di incertezza in merito alla discrezionalità dello Stato ospitante di non ammettere la proroga.

(14) Il riferimento è ai consolidati criteri usati dalla Corte di Giustizia Ue per valutare la legittimità di restrizioni all'esercizio delle libertà economiche: C. Giust. 23.5.1996, C-5/94, *Gebhard*, punto 37.

(15) C. Giust. 6.11.2018, C-619/16, *Alperind*, ECLI:EU:C:2018:872.

L'importanza sistematica della nuova regola sulla durata massima di dodici mesi si coglie se si considera che essa modifica non solo e non tanto la Direttiva n. 96/71, quanto piuttosto il Regolamento Ue n. 593 del 2008 (cd. «Roma I») relativo alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Invero, con il nuovo par. 1-*bis* dell'art. 3 della Direttiva n. 96/71 si intende introdurre un criterio di valutazione «rigido», fondato sulla durata della permanenza all'estero e tale, quindi, da permettere di identificare con certezza la legge applicabile: superato il periodo di dodici mesi, il lavoratore distaccato 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. La *ratio* di tutela è da apprezzare, e tuttavia quello di dodici (ed eventualmente diciotto) mesi resta un tempo lungo di permanenza in distacco sul territorio di uno Stato straniero. Proprio per questa ragione diviene importante sostenere un'interpretazione dell'art. 3, par. 1-*bis*, come norma di ordine pubblico (ossia di protezione minima), tale da lasciare spazio a una valutazione sul carattere o meno «temporaneo» del distacco già durante i «primi» dodici (o diciotto) mesi di presenza sul territorio nazionale, secondo i criteri (flessibili) sino a oggi utilizzabili per identificare la natura «temporanea» della presenza all'estero ai sensi del Regolamento n. 593/2008.

Si vuol dire che la *ratio* di tutela del nuovo par. 1-*bis*, citato, verrebbe svuotata se si interpretasse quello dei dodici 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 e in merito alla sua continuazione dopo che il distacco è terminato. Lo impone il Regolamento «Roma I», per il 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 n. 36, a chiarimento dell'art. 8 del Regolamento). D'altra parte, la Direttiva n. 2018/957 non modifica l'art. 4 della Direttiva n. 2014/67, e resterebbero dunque validi gli indici di «temporaneità» ivi elencati. A questi indici – e a quelli (sempre previsti dall'art. 4 della Direttiva n. 2014/67) funzionali ad accertare la genuinità dell'attività d'impresa svolta all'estero dal datore di lavoro – si aggiungerebbe dunque il limite dei dodici mesi come limite massimo (superabile a discrezione dello Stato ospitante) di durata del distacco.

Superato il limite di dodici (o diciotto) mesi, non sorge invece l'obbligo di iscrizione del lavoratore distaccato presso gli enti previdenziali compe-

tenti dello Stato ospitante. Alle disparità di condizioni retributive, non pienamente colmabili – come visto nel paragrafo precedente – neanche attuando il nuovo testo della Direttiva n. 96/71, si aggiungono dunque le ancor più rilevanti disparità caratterizzanti il regime previdenziale applicabile ai lavoratori distaccati. Questi, infatti, restano iscritti per almeno ventiquattro mesi (od oltre, con l'accordo dei rispettivi organismi competenti) nel regime previdenziale dello Stato di origine, e ciò in virtù dello stesso diritto dell'Unione, che nel già citato Regolamento n. 883/2004 prevede una speciale deroga al principio di territorialità proprio in caso di distacco (vedi *supra*) (16).

5. — *Distacco e somministrazione di lavoro transnazionale* — Un quarto profilo toccato dalla Direttiva n. 2018/957 attiene al distacco operato da un'agenzia di somministrazione di lavoro con sede in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede l'utilizzatore.

La Direttiva del 2018 aggiunge un nuovo comma al par. 3 dell'art. 1 della Direttiva n. 96/71 in base al quale, in caso di fornitura di un lavoratore a una impresa utilizzatrice con sede in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede l'agenzia di somministrazione, l'impresa utilizzatrice medesima può, a sua volta, previa informativa all'agenzia, distaccare il lavoratore somministrato in un altro Stato membro, nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi; in tale ipotesi, «il lavoratore è considerato distaccato nel territorio di tale Stato membro dall'impresa di lavoro temporaneo o dall'impresa che effettua la fornitura con la quale sussiste un rapporto di lavoro». La disposizione mira a regolare il cd. distacco «a catena», evitando che sia utilizzato per eludere quanto previsto dalla Direttiva n. 96/71: il distacco «a catena», infatti, non rientrerebbe nell'ambito di applicazione di quest'ultima Direttiva, perché il rapporto di lavoro si instaura con l'agenzia di somministrazione, mentre la prestazione di servizi avviene tra l'utilizzatore e un soggetto terzo. Tuttavia, nel regolare il distacco «a catena», la Direttiva del 2018 finisce per legittimare tale forma di distacco (17).

(16) Sul punto potrebbe intervenire la proposta di Regolamento che modifica il Regolamento n. 883/2004 e il Regolamento n. 987/2009 (che stabilisce le modalità di applicazione del Regolamento n. 883/2004), per cui è attualmente in corso il «Trilogo»: Com(2016)815.

(17) Al contrario, per contrastare l'utilizzo fraudolento di tale forma di distacco, il documento della Commissione europea, *Practical guide on the applicable legislation in the European Union (EU), the European Economic Area (Eea) and in Switzerland*, Bruxelles, 2013, 13, prevede che, nel caso di distacco «a catena», si applichi il regime di sicurezza sociale del paese ove viene svolta la prestazione lavorativa. Per un caso di

La Direttiva n. 2018/957 ammette, altresì, che l'utilizzatore possa, a sua volta, somministrare un lavoratore messo a sua disposizione da un'agenzia di somministrazione: fattispecie che non dovrebbe essere consentita dalla Direttiva n. 2008/104, relativa al lavoro tramite agenzia. Di certo, tale fattispecie è vietata nell'ordinamento italiano.

Un'altra novità non di particolare rilievo, almeno per il nostro contesto nazionale, è quella contenuta nel par. 1-ter dell'art. 3 della Direttiva n. 96/71 (18), ove si prevede che ai lavoratori distaccati da un'agenzia con sede all'estero venga applicato il principio della parità di trattamento (e le relative eccezioni) previsto nello Stato di distacco, in attuazione dell'art. 5 della Direttiva n. 2008/104. Gli Stati già erano facoltizzati ad applicare al distacco transnazionale operato da un'agenzia straniera, a norma del par. 9 dell'art. 3 della Direttiva n. 96/71, le condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori somministrati da un'agenzia con sede nel territorio nazionale. Di fatto, la novità consiste, positivamente, nell'introdurre l'obbligo per lo Stato di distacco (anziché la facoltà) di applicare il principio di parità di trattamento tra lavoratori somministrati dall'estero e dipendenti dell'impresa utilizzatrice. Quest'ultima è inoltre obbligata a informare l'agenzia con sede all'estero circa le condizioni di lavoro e di occupazione da essa applicate (art. 3, par. 1-ter, c. 2).

Le novità – si diceva – non appaiono di particolare rilievo per il nostro contesto nazionale, in quanto il legislatore italiano ha già da tempo sfruttato la facoltà offerta dalla prima versione della Direttiva n. 96/71 (vd. in tal senso l'art. 4, c. 3, del d.lgs. n. 136/2016; ma già l'art. 4 del d.lgs. n. 72/2000). Esse tuttavia possono produrre effetti positivi nei contesti nazionali in cui sono ammesse deroghe, anche temporanee, alla parità di trattamento per i lavoratori in somministrazione transnazionale.

6. — *Subcontraenza* — Nel testo finale della Direttiva n. 2018/957 è stata cancellata la previsione – contenuta nella versione iniziale della proposta di Direttiva presentata dalla Commissione il 9.3.2016 (19) – orien-

distacco «a catena» si vd. C. Giust. 14.11.2018, C-18/17, *Danieli*, in cui la Corte ha ritenuto che l'Austria potesse richiedere il permesso di lavoro ai lavoratori croati dipendenti di un'impresa con sede in Croazia (paese entrato nel luglio 2013 nell'Unione europea, per cui l'Austria prevede un periodo transitorio), somministrati a un'impresa stabilita in Italia (paese che non prevede clausole transitorie per i lavoratori croati), e poi distaccati in Austria nell'ambito di una prestazione di servizi da parte dell'impresa italiana.

(18) Paragrafo introdotto dall'art. 1, punto 2, lett. *b*, della Direttiva n. 2018/957.

(19) Com(2016)128, final, 8.3.2016.

tata a rimediare agli effetti della sentenza resa dalla Corte di Giustizia Ue nel caso *Rüffert* (20), nella quale l'utilizzo delle clausole sociali di «equo trattamento» negli appalti pubblici è stato censurato in quanto potenzialmente contrario ai principi del mercato interno e ai vincoli posti dalla Direttiva n. 96/71.

Nella Direttiva n. 2018/957 si prevede esclusivamente l'obbligo, per la Commissione europea, di valutare, nella relazione sull'attuazione della nuova Direttiva da presentare entro il 30.7.2023 ai sensi dell'art. 2, par. 1, l'esigenza di introdurre misure in caso di subcontraenza (art. 2, par. 2, lett. a). Nel Considerando n. 25 si indica, inoltre, che gli Stati membri dovrebbero adottare misure in materia di responsabilità solidale di cui all'art. 12 della Direttiva n. 2014/67, che invece prevede la facoltà di introdurre tali misure (21).

7. — *Cooperazione amministrativa* — Il nuovo c. 1 dell'art. 4, par. 2, della Direttiva n. 96/71 (22) è volto a rafforzare la cooperazione amministrativa tra gli Stati membri per lottare più efficacemente contro le frodi in materia di distacco transnazionale. A integrazione di quanto disposto nella Direttiva n. 2014/67, si prevede che, qualora l'autorità competente dello Stato d'origine non sia in possesso delle informazioni richieste dall'autorità competente dello Stato di distacco, la prima sollecita l'ottenimento di tali informazioni presso altre autorità nello Stato d'origine. In caso di violazione dell'obbligo di trasmissione delle informazioni, «la Commissione ne è informata e adotta misure adeguate». Permane, tuttavia, l'assenza di un efficace meccanismo sanzionatorio per gli Stati che violano il dovere di leale cooperazione (di cui all'art. 4 del Trattato sull'Unione). Ciò è particolarmente grave nell'ambito del coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, in quanto, in caso di distacco illegittimo, il mancato rispetto del dovere di leale cooperazione da parte dello Stato d'origine – in particolare, la viola-

(20) C. Giust. 3.4.2008, C-436/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, in *Racc.*, 2008, I-1989.

(21) In materia, vd. C. Giust. 13.11.2018, C-33/17, *Čepelnik d.o.o.*, in cui la Corte ha ritenuto non compatibile con l'art. 56 TfUE la normativa austriaca che, in caso di ragionevole sospetto di infrazione amministrativa, consente all'autorità competente di imporre al committente stabilito in Austria di sospendere i pagamenti al prestatore di servizi e di costituire una cauzione di importo equivalente al compenso per la prestazione non ancora versato, a garanzia del pagamento dell'eventuale sanzione pecuniaria che potrebbe essere inflitta in caso di accertata violazione della normativa lavoristica.

(22) Come introdotto dall'art. 1, punto 3, della Direttiva n. 2018/957.

zione dell'obbligo di revocare un formulario A1 illegittimamente emesso – impedisce allo Stato di distacco di richiedere il pagamento dei contributi sociali (23).

Si noti infine che, per rafforzare la cooperazione amministrativa tra gli Stati membri e facilitare la lotta alle frodi transnazionali, è attualmente in discussione una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Autorità europea del lavoro: Com(2018)131.

8. — *Difesa dei diritti e sanzioni* — L'art. 1, punto 4, della Direttiva n. 2018/957 ha modificato l'art. 5 della Direttiva n. 96/71, prevedendo l'obbligo per gli Stati membri di vigilare affinché siano messe a disposizione dei lavoratori e/o dei loro rappresentanti «procedure adeguate ai fini dell'esecuzione degli obblighi» previsti dalla Direttiva.

La disposizione rafforza quanto già previsto dall'art. 11, par. 3, della Direttiva n. 2014/67 con riferimento alla possibilità per le organizzazioni sindacali di agire per conto o a sostegno del lavoratore distaccato per l'esecuzione degli obblighi derivanti dalla normativa sul distacco; disposizione che non è stata recepita nel d.lgs. n. 136/2016. È pertanto urgente che, sul punto, si intervenga in sede di recepimento della Direttiva n. 2018/957.

Quanto alle sanzioni in caso di distacco illegittimo, l'art. 5, nuovo c. 4, della Direttiva n. 96/71 prevede che, qualora «sia accertato che una impresa, in modo scorretto o fraudolento, simuli che la situazione di un lavoratore rientri nell'ambito di applicazione della presente Direttiva, lo Stato membro in questione garantisce che il lavoratore benefici della normativa e della prassi pertinenti».

La disposizione ribadisce quanto già affermato nel Considerando n. 11 della Direttiva n. 2014/67, senza dunque risolvere il problema dell'assenza di precise regole comuni sulle sanzioni applicabili in caso di distacco illegittimo.

(23) Cfr. C. Giust. 6.2.2018, C-359/16, *Altun*, in *RGL*, 2018, II, 421 ss., con nota di Ferrara, per cui, a determinate condizioni (elementi evidenti di frode, non collaborazione da parte dell'ente competente: nella specie, l'ente bulgaro), è possibile per l'Ispettorato del lavoro dello Stato ospitante (nella specie, il Belgio) procedere al disconoscimento del certificato A1; C. Giust. 11.7.2018, C-356/15, *Commissione c. Belgio*, che ha condannato la legge belga che permetteva alle autorità competenti nazionali di considerare come non presentato il certificato A1 (sottoponendo il lavoratore distaccato alla normativa di sicurezza sociale nazionale) qualora fosse stato emesso in maniera fraudolenta (il Belgio è stato condannato dalla Corte di Giustizia perché la legge nazionale non prevedeva alcuna procedura di dialogo e l'obbligo di attivare la procedura amministrativa prevista dal Regolamento n. 987/2009, con violazione del principio di leale cooperazione).

9. — *I settori esclusi* — La Direttiva n. 2018/957 non trova applicazione nei confronti del settore del trasporto su strada, per cui è in discussione di fronte al Parlamento europeo una proposta specifica (24). Se la disciplina specifica per il distacco nei trasporti verrà approvata nell'ambito della presente legislatura, la Direttiva n. 2018/957 si applicherà nella misura e con le modalità fissate dalla *lex specialis* (cfr. art. 3, par. 3, di questa Direttiva) (25).

Si noti che nella relazione sull'attuazione della Direttiva n. 2018/957 dovrà essere presa in considerazione la necessità di introdurre misure di tutela per gli autotrasportatori su strada (art. 2, par. 2, lett. *b*).

La questione del distacco nel settore degli autotrasporti è particolarmente ostica in quanto: da un lato, non è chiara la distinzione tra le differenti fattispecie (il trasporto nel territorio nazionale, a cui si applica tutta la normativa interna; il distacco, a cui si applica la Direttiva n. 96/71; il mero transito in un paese, a cui non si applica la normativa lavoristica del paese di transito); dall'altro, i controlli sono oltremodo complicati, richiedendo spesso la collaborazione tra diverse autorità (nel nostro paese, l'Ispezzorato del lavoro e la Polizia stradale).

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. (2018), *Strumenti di contrasto al dumping nei settori della logistica e del trasporto merci*, in Allamprese A., Bonardi O. (a cura di), *Logistica e Lavoro*, in *Quaderni RGL*, n. 3, 110 ss.
- Borelli S. (2018), *Appunti e idee per il contrasto alle letterbox companies*, in Allamprese A., Bonardi O. (a cura di), *Logistica e Lavoro*, in *Quaderni RGL*, n. 3, 118 ss.
- Frosecchi G. (2018), *Distacco, cabotaggio e trasporto internazionale: un puzzle ancora da comporre*, in Allamprese A., Bonardi O. (a cura di), *Logistica e Lavoro*, in *Quaderni RGL*, n. 3, 43 ss.
- Giubboni S., Orlandini G. (2018), *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *DLRI*, 907 ss.
- Rasnača Z. (2019), *Mapping the national law on reimbursement for posted workers. Background analysis*, ETUI, Bruxelles.
- Ricci G. (2011), *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *LD*, n. 4, 635 ss.
- Rocca M. (2018), *The reform of the EU directive on posting of workers. Fortune smiles on the Juncker presidency?*, XXII Isssl World Congress Torino.

(24) Cfr. proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva n. 2006/22 per quanto riguarda le prescrizioni di applicazione e fissa norme specifiche per quanto riguarda la Direttiva n. 96/71 e la Direttiva n. 2014/67 sul distacco dei conducenti nel settore del trasporto su strada.

(25) Vd.: Allamprese 2018, 110; Borelli 2018, 118; Frosecchi 2018, 43.

ABSTRACT

L'articolo offre un commento critico delle modifiche apportate dalla Direttiva n. 2018/957 alla Direttiva n. 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori.

THE NEW DIRECTIVE ON TRANSNATIONAL POSTING OF WORKERS

The article offers a critical comment on the changes made by the Directive no. 2018/957 to the Directive no. 96/71 on transnational postings of workers.