

Posted workers

La condizione dei lavoratori in distacco transnazionale in Europa

a cura di Rossana Cillo e Fabio Perocco

Tra interessi del mercato e tutela dei lavoratori in distacco transnazionale

La disciplina giuridica dalla genesi alla direttiva applicativa

Giulia Frosecchi

Università degli Studi di Firenze, Italia

Abstract The essay concisely traces the main steps of the transnational posting of workers regulation in the European Union, starting from the first relevant judgment of the Court of Justice, which highlighted the need for a legal intervention aimed to clarify the rights of posted workers and the respective obligations upon the employers, to the approval of the enforcement Directive 2014/67/EU, a notable attempt to improve the effectiveness of posted workers' rights and facilitate the prevention of abusive practices, going through Directive 96/71/EC, which has regulated the phenomenon for the first time. The judicial and normative evolution is an excellent example of the difficulty of the European Union to guarantee high standards of workers' protection within the free market.

Keywords Transnational posting of workers. Directive 96/71/EC. Directive 2014/67/EU. Freedom to provide services. Applicable labour law regime.

Sommario 1 Prime mosse verso una regolamentazione europea dei distacchi transnazionali. – 2 La direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. – 3 La direttiva c.d. 'applicativa'. Un tentativo di arginare i distacchi fraudolenti.

1 Prime mosse verso una regolamentazione europea dei distacchi transnazionali

Prima dell'entrata in vigore della direttiva (UE) 2018/957 (su cui si rimanda al contributo di Silvia Borelli), recante modifica della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, il distacco transnazionale di lavoratori era regolato dalla versione originale della direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996, e dalla direttiva 2014/67/UE concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE, che, come vedremo meglio nel prosieguo, è intervenuta con l'obiettivo di facilitare l'attuazione delle norme comunitarie sui distacchi transnazionali ed è tutt'ora vigente, restando a necessario complemento delle modifiche che la direttiva (UE) 2018/957 ha apportato alla direttiva 96/71/CE.

In materia di distacco transnazionale di lavoratori, la giurisprudenza comunitaria ha assunto un ruolo di primo piano. Ciò non solo al fine di chiarire la portata delle direttive distacchi ma persino nella stessa genesi della fattispecie.

Quando, alla fine degli anni Ottanta, un'impresa edile di lavori pubblici con sede in Portogallo fece uso dei propri dipendenti portoghesi per eseguire un contratto di subappalto concluso con un'impresa francese per la costruzione di una linea ferroviaria, alla Corte di Giustizia si presentò l'occasione di definire la portata della libertà di prestazione di servizi nel mercato interno marcandone, peraltro, le significative differenze con la libertà di circolazione dei lavoratori.¹ Una sentenza determinante per il processo che poi si concluse con la definizione normativa dell'istituto del distacco transnazionale, ossia con la direttiva 96/71/CE.

Il caso originò da una controversia scaturita tra *Rush Portuguesa*, l'impresa edile subappaltataria, e l'*Office national d'immigration*, il quale non riconosceva, tra le altre, il diritto del datore di lavoro portoghese a svolgere un'opera in Francia avvalendosi di prestatori portoghesi privi di regolare permesso di lavoro (essendo i cittadini portoghesi ancora esclusi dall'ambito di applicazione della libera circolazione dei lavoratori, in ragione dell'allora vigente regime transitorio di accesso alla Comunità Europea).

La Corte di Giustizia della Comunità Europea rispose alle questioni sollevate dal tribunale del rinvio stabilendo che le norme del Trattato sulla libertà di prestazione di servizi non consente ad uno Stato membro di imporre al prestatore di servizi stabilito in altro

¹ CGCE 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*. Sebbene anche prima dell'intervento della Corte di Giustizia in *Rush Portuguesa* il legislatore europeo si fosse cimentato nel tentativo di regolamentare lo spostamento temporaneo di lavoratori, si veda Evju 2010, 154-61.

Stato membro di sottoporre lo spostamento del suo personale a «condizioni restrittive quali una condizione di assunzione in loco o un obbligo di permesso di lavoro».² Una siffatta conclusione trova fondamento nella natura 'temporanea' del trasferimento dei lavoratori, essendo questi destinati a tornare nel loro Paese di origine una volta terminato il servizio, senza accedere al mercato del lavoro dello Stato membro ospitante, che, pertanto - secondo l'argomentazione dei giudici di Lussemburgo - non possono perturbare. Inoltre, precisa la Corte, lo spostamento dei lavoratori avviene «nell'ambito di una prestazione di servizi da parte del loro datore di lavoro» e non in maniera autonoma. Di qui l'evidente distinzione con la libertà di circolazione dei lavoratori.

Si delinea, così, una prima definizione comunitaria, di origine giurisprudenziale, della fattispecie del distacco transnazionale di manodopera: un movimento d'impresa, di cui fanno parte lavoratori che non vengono considerati, dalla prospettiva delle libertà economiche, soggetti che attraversano una frontiera per svolgere un lavoro, ma bensì fattori aziendali, ossia elementi racchiusi nella 'bolla' dell'impresa che li ha assunti e adibiti a svolgere la propria mansione in altro Stato membro.

Tuttavia, la loro posizione rimane più complessa di quella di un macchinario (anch'esso fattore che si sposta nell'ambito del movimento di un'impresa), poiché regolata da norme giuslavoristiche peculiari ad ogni Paese. In merito alle condizioni da applicare ai lavoratori che svolgono temporaneamente un lavoro in altro Stato membro, la Corte - sempre in *Rush Portuguesa* - risponde alle preoccupazioni del governo francese precisando che «il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti di lavoro [...] a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal Paese in cui è stabilito il datore di lavoro».³ La precisazione resa dalla Corte in via incidentale pareva voler scongiurare la possibilità che l'attuazione della libertà di un'impresa straniera di prestare servizi in altro Stato membro diventasse un veicolo di dumping salariale e sociale.⁴ Una posizione che, come vedremo in seguito, non potrebbe più essere sostenuta con altrettanta linearità dalla Corte di Giustizia dopo l'adozione della direttiva 96/71/CE. Tuttavia, neanche allora la Corte sancì il principio di parità di trattamento tra lavoratori nazionali e stranieri presenti sul territorio per l'esecuzione di un servizio temporaneo, ammettendo solo la possibilità per lo Stato ospitante di estendere a questi ultimi le tutele garantite dal regime nazionale (Evju 2010, 164).

² *Rush Portuguesa*, punto 12.

³ *Rush Portuguesa*, punto 18.

⁴ Sul punto si veda Orlandini 2013, 19.

Pochi mesi dopo è di nuovo la Corte di Giustizia a delineare ulteriormente i tratti della libertà di prestazione di servizi, con la sentenza *Säger*, resa applicando il test di proporzionalità e in attuazione del principio di non discriminazione (tra imprese). Con la pronuncia in oggetto si sancisce che le condizioni prescritte da uno Stato membro per lo stabilimento di un'impresa non possono vincolare l'impresa straniera che si limiti a prestarvi un servizio, ciò per non privare «di qualsiasi effetto utile le norme del Trattato dirette a garantire appunto la libera prestazione dei servizi».⁵ Nella stessa occasione, i Giudici precisarono che

la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata soltanto da norme giustificate da motivi imperativi di pubblico interesse e che si applicano ad ogni persona o impresa che svolga un'attività sul territorio dello Stato destinatario.⁶

Benché i fatti in causa non siano assimilabili a *Rush Portuguesa*, la decisione della Corte pose un principio inevitabilmente destinato ad influenzare anche la regolamentazione della fattispecie del distacco di manodopera: qualsiasi condizione che renda difficoltoso l'accesso al mercato di un altro Stato membro è da considerarsi potenzialmente illegittima.

2 La direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi

Le consultazioni politiche in merito alla stesura di una direttiva che disciplinasse la prestazione transnazionale di servizi nel mercato unico ebbero inizio nel settembre del 1990 e coinvolsero Stati membri e partiti sociali europee e nazionali. La prima proposta della Commissione, presentata nel giugno del 1991, fu ampiamente dibattuta e rivista nel corso degli anni. Le presidenze tedesca e francese tentarono di arrivare ad una stesura definitiva del testo (Evju 2010, 165-8) ma fu solo nel 1996, con la Presidenza italiana e la spinta propulsiva dell'allora Ministro del lavoro Tiziano Treu (cf. Biagi 1996), che si giunse al testo che è rimasto invariato fino alla revisione del 2018.

Anche a fronte della giurisprudenza della Corte, un punto non fu mai oggetto di dissenso nella lunga fase di discussione: la base giuridica della direttiva 'Distacchi' sarebbe stata la libertà di prestazio-

⁵ CGCE 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger*, punto 13, massima poi reiterata in CGCE 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*, punto 23.

⁶ *Säger*, punto 15.

ne di servizi (ora art. 56 TFUE). È, dunque, una direttiva che nasce sotto il segno della libertà d'impresa e sovrintende al funzionamento del mercato unico dei servizi, i cui effetti si ripercuotono sui lavoratori in ragione del significativo impatto deregolatorio che essa ha sui regimi nazionali di diritto del lavoro (Evju 2010, 162).⁷ Una precisazione necessaria a inquadrare il distacco transnazionale di manodopera come un istituto - e un fenomeno - che vede inevitabilmente coinvolti i lavoratori subordinati, ma non si rivolge ad essi in via diretta. Gli stessi consideranda esprimono con chiarezza sia la necessità di garantire il dinamismo della libertà di prestazione di servizi nel mercato interno, sia la posizione incidentale, e al contempo problematica, che i rapporti di lavoro assumono in una simile dinamica. È, infatti, proprio la transnazionalizzazione di tali rapporti a sollevare i maggiori problemi nell'esercizio della libertà economica di cui si vuole garantire il corretto funzionamento.⁸

L'ambito di applicazione sancito dall'articolo 1 conferma la natura della direttiva e la sua collocazione nel quadro delle libertà economiche, essendo questa espressamente rivolta alle «imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano lavoratori [...] nel territorio di uno Stato membro».⁹

In particolare, il distacco può avvenire nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che distacca il lavoratore e il destinatario del servizio; nell'ambito di un gruppo d'impreses (un'ipotesi, peraltro, controversa) o, infine, tra un'impresa che effettua cessione temporanea di lavoratori e un utilizzatore stabilito in altro Stato membro. Indipendentemente dal tipo di rapporto commerciale alla base del distacco di manodopera, è sempre condizione di legittimità che, durante tutto il periodo in cui il lavoratore si trova all'estero per eseguire la prestazione di servizi, «esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia» o, nel caso di somministrazione transnazionale, «l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente».¹⁰

⁷ Per una riflessione critica sulla direttiva 'Distacchi' si veda altresì Davies 2002.

⁸ In particolare, consideranda 6 ss., direttiva 96/71/CE. Le direttive sui distacchi transnazionali si pongono come eccezione alle regole sancite dalla convenzione di Roma del 19 giugno 1980 e dal relativo regolamento (CE) nr. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. regolamento Roma I), che si fonda sul principio della libera scelta della legge applicabile ad opera delle parti, con significative eccezioni tese a tutelare la parte debole del contratto di lavoro. Sul tema si rinvia a Orlandini 2012.

⁹ Art. 1, par. 1, direttiva 96/71/CE.

¹⁰ Art. 1, par. 3, direttiva 96/71/CE. Così delineata, e soprattutto in relazione alla prima ipotesi, la disciplina dei distacchi interseca inevitabilmente quella degli appalti pubblici; ne danno prova alcune pronunce della Corte di Giustizia, tra cui la più significativa rimane CGUE 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert*, dove clausole sociali - riferite a minimi salariali di fonte contrattuale collettiva non *erga omnes* - imposte da un bando di gara per un appalto pubblico si scontrano con le garanzie imposte dalla normati-

Se è vero che la direttiva si applica alle imprese, è altrettanto vero che la posizione del lavoratore è necessaria a qualificare la fattispecie, dovendosi intendere per 'lavoratore distaccato' il lavoratore che «per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente».¹¹

Ne consegue che, perché si configuri un distacco genuino, il lavoratore non potrà essere né reclutato nello Stato membro di destinazione, né assunto al solo fine di essere distaccato in altro Stato membro, tanto meno se la prestazione per cui si avvia il distacco è a tempo indefinito, avendo il distacco natura necessariamente temporanea, sebbene non sia sempre agevole dimostrare che il lavoratore sia stato assunto al solo fine di essere distaccato.

Sul requisito della temporaneità, la norma rimane vaga, senza specificare quale periodo possa considerarsi 'limitato'. Pertanto, nella prassi e in attesa di un chiarimento normativo,¹² la questione, (ormai superata) veniva risolta facendo riferimento al limite temporale imposto dal regolamento (CE) nr. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, secondo il quale

[L]a persona che esercita un'attività subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente le sue attività ed è da questo distaccata, per svolgerci un lavoro per suo conto, in un altro Stato membro rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i ventiquattro mesi e che essa non sia inviata in sostituzione di un'altra persona.¹³

Il coordinamento dei sistemi previdenziali, nel caso di distacco transnazionale di manodopera, si fonda sull'emissione di un certificato, detto modulo A1, da parte dell'autorità competente dello Stato membro d'invio al momento del distacco del lavoratore in altro Stato membro e di cui il datore di lavoro distaccante è tenuto a dare prova.¹⁴ Peraltro, si noti che la mancanza del modulo A1 non è sufficiente di per sé a qualificare un distacco come non genuino, rappresentando un mero indice - come altri che vedremo di seguito - di comportamento fraudolento.

La questione che già si era posta la Corte di Lussemburgo in *Rush Portuguesa*, a proposito delle condizioni applicabili ai lavoratori di-

va 'Distacchi' a tutela delle imprese di altri Stati membri e del corretto funzionamento del mercato unico, risultando, infine, soccombenti.

11 Art. 2, par. 1, direttiva 96/71/CE.

12 Sulla direttiva di riforma del 2018, si veda il contributo di Borelli in questo volume.

13 Art. 12, regolamento (CE) nr. 883/2004.

14 Per un approfondimento sui profili previdenziali, si veda Sgroi 2011.

pendenti di un'impresa straniera che opera in altro Stato membro ed esercita la libertà di prestazione di servizi e che gli stessi giudici avevano tentato di risolvere affermando la *facoltà* dello Stato ospitante di imporre l'integrale rispetto del Codice del Lavoro a tutti i lavoratori impiegati sul proprio territorio, ha trovato una soluzione normativa nell'articolo 3 della direttiva 96/71/CE, disposizione centrale del quadro giuridico sui distacchi e oggetto di svariate sentenze della Corte di Giustizia UE.

Il principio sancito in *Säger*, e consolidato dalla successiva giurisprudenza comunitaria,¹⁵ ha indotto il legislatore europeo ad assestarsi su un compromesso politico che prevede la sola applicazione del cosiddetto 'nocciolo duro'¹⁶ di norme protettive dello Stato membro di destinazione, identificate con un duplice elenco che include le materie per cui è prevista l'estensione e le fonti idonee a vincolare l'impresa straniera. Le materie, indicate in via tassativa, sono: periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; durata minima delle ferie annuali retribuite; tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario [...]; condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; sicurezza, salute e igiene sul lavoro; provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.

Il nocciolo duro sembra nascere come un *floor*, un minimo di protezione irrinunciabile che deve essere garantito anche ai lavoratori distaccati ma, a seguito della giurisprudenza della Corte, si rivela essere un *ceiling*, ossia un limite massimo di tutela oltre il quale lo Stato ospitante non può spingersi.¹⁷ Ciò soprattutto a causa dei rigidi vincoli imposti per quanto concerne le fonti legittimate a imporre il rispetto delle suddette condizioni all'impresa straniera, ossia: disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o contratti collettivi o arbitrati dichiarati di applicazione generale. La norma rimanda al paragrafo 8 dello stesso articolo 3, per la definizione di

¹⁵ *Mazzoleni*, ma, anche, CGCE 25 ottobre 2001, C-49, 50, 52, 54 & 68-71/98, *Finalarte* e CGCE 21 ottobre 2004, C-445/03, *Commissione c. Lussemburgo*. Orlandini 2013, 21 ss.

¹⁶ Un'espressione ormai consolidata in dottrina, da intendersi come quelle norme nazionali inderogabili da parte del prestatore di servizi straniero.

¹⁷ Di qui le molte riflessioni sulla direttiva 'Distacchi' come causa di - piuttosto che argine al - dumping sociale. Si veda, tra gli altri, Giubboni 2019. Il noto caso *Laval* è emblematico della frizione che le norme della direttiva 'Distacchi' e la libertà di prestazione di servizi sono in grado di innescare con diritti e libertà consolidati a livello di ordinamento nazionale. Nel caso di specie, i diritti collettivi si trovarono a soccombere di fronte alla libertà di un'impresa edile lettone a prestare servizi in Svezia, distaccando lavoratori a cui si applicava il contratto collettivo di diritto lettone, CGCE 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*.

ciò che debba intendersi con «di applicazione generale», paragrafo che tuttavia non è sufficiente a fare chiarezza.

La questione del contratto collettivo con efficacia *erga omnes* è particolarmente rilevante per l'ordinamento italiano (e difatti verrà trattata più ampiamente nel contributo di Orlandini, sull'attuazione della direttiva 96/71/CE in Italia), basti qui ricordare alcune massime della giurisprudenza comunitaria che hanno fatto – parzialmente – luce sulla portata di questa disposizione. In *Portugaia Construções* la Corte considera disparità di trattamento anche la possibilità, riconosciuta alle sole imprese dello Stato ospitante e non anche al datore distaccante, di derogare tramite contrattazione aziendale ai minimi salariali imposti dal contratto collettivo di settore, a meno che ciò non sia giustificato da ragioni di «ordine pubblico»,¹⁸ un concetto che ritorna, tra le altre, in *Commissione c. Lussemburgo*, dove i giudici europei affermano che né la normativa di elaborazione e attuazione del contratto collettivo, né tutte le disposizioni contenute in tali accordi possono essere considerate disposizioni di ordine pubblico.¹⁹ Infine, nella già citata sentenza *Rüffert*, quella forse più decisiva nel limitare la portata dell'articolo 3, si nega la legittimità di un sistema che impone alle imprese aggiudicatrici di un appalto pubblico il rispetto di un contratto collettivo privo di efficacia generale.²⁰

3 La direttiva c.d. 'applicativa'. Un tentativo di arginare i distacchi fraudolenti

Il quadro giuridico dei distacchi transnazionali di manodopera, per come interpretato dalla giurisprudenza della CGUE, è stato a lungo oggetto di discussione in sede comunitaria.

La prospettiva del regolamento c.d. Monti II (regolamento (CE) n. 2679/98), teoricamente finalizzato ad attutire lo squilibrio tra diritti collettivi e libertà economiche emerso prepotentemente nelle pronunce *Viking* e *Laval*, ma, di fatto, in perfetta continuità con i precetti giurisprudenziali, non giunse mai ad approvazione definitiva²¹ e l'intervento del legislatore europeo si orientò, primariamente, su una direttiva applicativa le cui norme erano pensate per garantire

¹⁸ CGCE 24 gennaio 2002, C-164/99, *Portugaia Construções*.

¹⁹ Giurisprudenza che, letta congiuntamente a *Laval*, induce a ritenere che i sindacati non siano legittimati a pretendere il rispetto di clausole che esulino dalle materie elencate dall'art. 3, par. 1, direttiva 96/71/CE; Orlandini 2013, 36-7.

²⁰ *Rüffert*.

²¹ Per un'introduzione ai noti casi giudiziari si vedano Sciarra 2008 e Lo Faro 2008; in merito al regolamento Monti II si veda Rocca 2012.

una più congrua applicazione della direttiva 96/71/CE, migliorare il monitoraggio e arginare, così, le pratiche di distacco abusivo, diffuse in tutta Europa.

Persino l'introduzione dell'articolo 2, c.d. 'Clausola Monti', che tutela

l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti negli Stati membri e a livello di Unione, ivi compresi il diritto o la libertà di sciopero e il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, secondo il diritto e/o le prassi nazionali, né il diritto di negoziare, concludere e applicare accordi collettivi e promuovere azioni collettive secondo il diritto e/o le prassi nazionali,

sembra essere poco più di un palliativo, non applicandosi alla direttiva 96/71/CE, ma solo alla direttiva 2014/67/UE e, quindi, non incidendo sulla dottrina *Laval* (Allamprese, Orlandini 2014, 3).

La direttiva, finalizzata a favorire l'armonizzazione (benché rimanga l'assenza di una disciplina sanzionatoria comune) dei criteri interpretativi della disciplina in oggetto e ad incentivare la cooperazione tra le autorità dello Stato membro ospitante e quelle dello Stato membro di stabilimento, promuovendo, al contempo, la diffusione e l'accesso alle informazioni rilevanti a imprese e lavoratori, delinea gli obblighi - e le facoltà - posti a carico degli Stati per favorire il rispetto delle disposizioni della direttiva 96/71/CE e promuovere un sistema sanzionatorio efficace e coordinato.

Si prevedono, così: sistemi di facilitazione dell'accesso alle informazioni relative alle condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'articolo 3 della direttiva 96/71/CE, le quali devono essere «rese pubbliche gratuitamente in modo chiaro, trasparente, esauriente e facilmente accessibile a distanza e per via elettronica»;²² misure per la promozione della cooperazione amministrativa, che consiste

nel rispondere alle motivate richieste di informazioni da parte delle autorità competenti e nell'esecuzione di controlli, ispezioni e indagini in relazione a situazioni di distacco di cui all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 96/71/CE,

potendo, altresì, includere l'invio e la notificazione di documenti;²³ norme sul controllo della conformità, circa gli obblighi che lo Stato membro ospitante può imporre al prestatore di servizi straniero per vigilare sul rispetto degli obblighi derivanti dalla direttiva 96/71/CE; disposizioni relative all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla di-

²² Art. 5, par. 1, direttiva 2014/67/UE.

²³ Art. 6, paragrafi 2 e 3, direttiva 2014/67/UE.

rettiva 'Distacchi', anche tramite la - mera - promozione della responsabilità di subcontratto, e previsioni per l'esecuzione transfrontaliera delle sanzioni amministrative pecuniarie e/o delle ammende.²⁴

Tra i profili di maggiore rilievo, essendo la nostra finalità quella di inquadrare la fattispecie del distacco transnazionale di manodopera, rientrano certamente le disposizioni di cui all'articolo 4. Difatti, benché la norma sia formalmente diretta alle autorità ispettive e giudiziarie, essa fornisce un elenco esemplificativo di indici di genuinità del distacco, che contribuiscono a delinearne in senso più ampio i confini di legittimità, sebbene si precisi che la valutazione delle autorità competenti debba essere generale, nel senso di riguardare «tutti gli elementi fattuali» rilevanti, ossia anche quelli non indicati dalla misura in esame. Sono due le linee di indagine che suggerisce di seguire la direttiva applicativa, l'una si concentra sull'impresa, l'altra sulla posizione del lavoratore.

Nel primo caso si sottolinea che l'impresa autorizzata a distaccare manodopera in altro Stato membro deve esercitare «effettivamente attività sostanziali» nel Paese dal quale distacca lavoratori, e non limitarsi, come precisa la stessa disposizione, a esercitarvi attività «puramente» amministrative, come, ad esempio, la compilazione delle buste paga. Una precisazione che vuole scoraggiare il proliferare delle cosiddette *letterbox companies*, o imprese cartiere, ossia imprese fittizie stabilite in un Paese al solo fine di beneficiare di regimi fiscali o di quadri giuslavoristici più favorevoli ma, di fatto, operanti principalmente in altri Stati membri tramite i distacchi transnazionali di lavoratori.²⁵

Una tale sollecitudine nel contenere il margine d'azione di imprese che non esercitano attività sostanziali costituisce una particolarità per l'ordinamento dell'Unione Europea, che, se dal un lato non ostacola lo stabilimento stesso di imprese in Paesi nei quali queste non esercitano alcuna attività effettiva²⁶ - con la sola, significativa, eccezione del settore trasporti²⁷ - dall'altro non consente loro di operare in regime di distacco, ciò all'evidente fine di evitare che il distacco transnazionale di manodopera diventi una fonte di risparmio per le imprese che va ben oltre quanto possa dirsi consentito dal principio di leale concorrenza.

²⁴ Come si vedrà di seguito in questo volume, l'ordinamento italiano prevede la responsabilità solidale del contraente principale per i crediti da lavoro; sul tema si veda Izzi 2016.

²⁵ Sul tema delle imprese cartiere si rinvia a Borelli 2018 e McGauran 2016.

²⁶ In particolare, CGCE 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros* e CGUE 25 ottobre 2017, C-106/16, *Polbud*.

²⁷ Il regolamento (CE) nr. 1071/2009 (art. 3) dispone una serie di requisiti tassativi per le imprese di autotrasporto, tra cui l'aver una sede effettiva e stabile in uno Stato membro. Sul tema si veda Loffredo 2018, 85-142.

Tuttavia, «il luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale e amministrativa, utilizza uffici, paga imposte e contributi previdenziali o è registrata presso la camera di commercio» rimane uno degli elementi da considerare nell'indagine complessiva della genuinità del distacco ma, e questo è ciò che contribuisce più efficacemente all'identificazione di un'impresa autorizzata a distaccare, la direttiva suggerisce di valutare altresì quale sia «il luogo in cui l'impresa esercita la propria attività economica principale», così come «il numero di contratti eseguiti e/o l'ammontare del fatturato realizzato nello Stato membro di stabilimento». Tra gli altri criteri segnalati dalla direttiva troviamo «il luogo in cui i lavoratori distaccati sono assunti e quello da cui sono distaccati» e «la legge applicabile ai contratti stipulati dall'impresa con i suoi lavoratori e con i suoi clienti».²⁸

Per quanto riguarda i criteri per identificare un distacco genuino seguendo la posizione del lavoratore, si dovrà rilevare se egli sia inviato «temporaneamente» a prestare l'attività lavorativa in uno Stato membro diverso da quello in cui lavora «abitualmente». Le locuzioni «temporaneamente» e «abitualmente» non sono pienamente sviscerate dalla direttiva applicativa, che si limita a fornire alcune indicazioni circa il loro contenuto, apprezzabili soprattutto perché hanno il merito di uniformarne – sebbene parzialmente – il significato a livello europeo.

Oltre a ribadire, quasi tautologicamente, che l'attività lavorativa deve essere svolta «per un periodo di tempo limitato in un altro Stato membro» e lo scontato suggerimento di prendere a riferimento la data di inizio distacco e la natura dell'attività, si prevede il criterio del rientro nello Stato membro d'origine. In altre parole, perché si tratti di distacco genuino, «il lavoratore distaccato ritorna o si prevede che riprenda la sua attività nello Stato membro da cui è stato distaccato dopo aver effettuato i lavori o prestato i servizi per i quali è stato distaccato».²⁹

I primi criteri elencati in questa seconda parte della norma fanno ampiamente riferimento a quanto prescritto dal regolamento Roma I, confermando che il regime del distacco transnazionale si fonda sui criteri generali di diritto internazionale privato. Il collegamento è esplicito laddove, per individuare lo Stato membro in cui il lavoratore esercita la propria attività in maniera abituale, elemento sovente determinante per individuare i casi di distacco fraudolento, la direttiva prescrive di tener conto proprio dei criteri indicati dal regolamento Roma I e/o dalla Convenzione di Roma.³⁰

²⁸ Art. 4, par. 2, direttiva 2014/67/UE.

²⁹ Art. 4, direttiva 2014/67/UE.

³⁰ Si veda considerando 36 e art. 8 del regolamento Roma I, per approfondimenti si rinvia ad Allamprese, Orlandini 2014, 7-8.

È infine suggerito di procedere con la verifica che le spese di viaggio, vitto e alloggio siano sostenute dal datore di lavoro distaccante (una precisazione in linea con il diritto italiano) e all'indagine in merito ai periodi precedenti in cui il posto è stato occupato dallo stesso o da un altro lavoratore, un criterio che tuttavia non risolve la questione della successione di contratti a tempo determinato con il lavoratore distaccato.

La direttiva e, più precisamente, l'articolo 4 non affrontano il profilo delle conseguenze sanzionatorie, limitandosi a suggerire che nel caso in cui, dall'analisi fattuale di tutti gli elementi rilevanti, si accerti la non genuinità del distacco non sia possibile applicare la direttiva 96/71/CE, tornando ad applicarsi invece l'articolo 8 del regolamento Roma I, che, beninteso, non garantisce che il lavoratore venga riconosciuto come abitualmente impiegato nel Paese nel quale si trovava abusivamente distaccato. Una mancanza non irrilevante, giacché si perde l'occasione di dare una risposta incisiva alle esigenze di repressione dei fenomeni fraudolenti.

Della direttiva 2014/67/UE merita di essere evidenziato, altresì, il ruolo che viene riconosciuto alle parti sociali nella prevenzione ai comportamenti fraudolenti e, in specie, nella promozione di una diffusa e completa informazione sulle condizioni di lavoro da applicare ai lavoratori distaccati. Difatti, se tra gli obblighi degli Stati membri rientra quello di adottare misure appropriate per permettere ai prestatori di servizio di venire a conoscenza delle informazioni relative alle condizioni di lavoro in modo gratuito, chiaro, trasparente e facilmente accessibile, la stessa norma suggerisce che questo avvenga, *inter alia*, tramite la pubblicizzazione di siti web e punti di contatto istituiti dalle parti sociali.³¹

Inoltre, se le suddette condizioni di lavoro sono stabilite in contratti collettivi (sempre in riferimento a contratti collettivi con validità *erga omnes*) si richiede che gli Stati membri si adoperino per coinvolgere le parti sociali nella messa a disposizione di tali informazioni non solo ai prestatori di servizi, ma anche agli stessi lavoratori.³²

È, dunque, in linea con un simile affidamento nei confronti delle parti sociali che la direttiva preveda per la Commissione e per gli Stati membri la possibilità di sostenere, anche economicamente, le pertinenti iniziative delle stesse organizzazioni, ossia quelle volte a informare i soggetti interessati o a promuovere le migliori prassi.³³

Sempre nell'ambito delle mere facoltà riconosciute agli Stati membri, si colloca la possibilità di obbligare il prestatore di servizi a designare una persona di contatto attraverso la quale le parti sociali in-

³¹ Art. 5, paragrafi 1 e 2, direttiva 2014/67/UE.

³² Art. 5, par, 4, direttiva 2014/67/UE.

³³ Art. 8, direttiva 2014/67/UE.

teressate «possano cercare di impegnare il prestatore di servizi ad avviare una negoziazione collettiva all'interno dello Stato membro ospitante». ³⁴ La norma è figlia degli eventi che hanno innescato il caso *Laval* di fronte alla Corte di Lussemburgo e rappresenta un compromesso tra la garanzia della libertà d'impresa, così come era intesa nella sentenza testé citata e il rispetto degli ordinamenti e delle prassi nazionali fortemente promotori della contrattazione collettiva. Un compromesso, peraltro, di scarsa soddisfazione per le organizzazioni sindacali, giacché l'attuazione della disposizione sembra essere irrisoria, se non nulla. ³⁵

Rappresenta, invece, un obbligo a carico degli Stati quello di disporre che le organizzazioni sindacali possano

per conto o a sostegno del lavoratore distaccato o del suo datore di lavoro, con la sua approvazione, promuovere ogni procedimento giudiziario o amministrativo diretto a ottenere l'applicazione della presente direttiva e della direttiva 96/71/CE. ³⁶

Una norma rilevante sul piano della difesa effettiva dei diritti dei lavoratori distaccati, che passa anche dal piano processuale.

Bibliografia

- Allamprese, A.; Orlandini G. (2014). *La Direttiva n. 2014/67 del 15 maggio 2014 di attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori. Un primo commento*. Roma: CGIL Segretariato per l'Europa Ufficio giuridico e vertenze.
- Biagi, M. (1996). «Fortune Smiles on the Italian EU Presidency. Talking Half-Seriously about the Posted Workers and Parental Leave Directives». *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 12(2), 97-109.
- Borelli, S. (2018). «Appunti e idee per il contrasto delle letterbox companies». Allamprese, A.; Bonardi, O. (a cura di), *Logistica e Lavoro. Quaderni RGL*, 3, 118-26.
- Davies, P. (2002). «The Posted Workers Directive and the EC Treaty». *Industrial Law Journal*, 31(3), 298-306. <https://doi.org/10.1093/ilj/31.3.298>.
- Evju, S. (2010). «Revisiting the Posted Workers Directive. Conflict of Laws and Laws in Contrast». Barnard, C.; Odudu, O. (eds), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 12, 151-82. <https://doi.org/10.5235/152888712802636157>.

³⁴ Art. 9, direttiva 2014/67/UE.

³⁵ Art. 9, direttiva 2014/67/UE.

³⁶ Art. 11, par. 3, direttiva 2014/67/UE.

- Giubboni, S. (2019). «Il diritto sociale europeo alla ricerca dell'autonomia perduta. Opportunità e rischi». *Politiche Sociali*, 1, 3-22. <https://doi.org/10.7389/93730>.
- Izzi, D. (2016). «La responsabilità solidale a tutela del lavoro esternalizzato. Qualche spunto dal diritto dell'Unione europea». *Lavoro e Diritto*, 1, 35-52. <https://doi.org/10.1441/82628>.
- Lo Faro, A. (2008). «Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno. Considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval». *Lavoro e Diritto*, 1, 63-96. <https://doi.org/10.1441/26280>.
- Loffredo, A. (2018). *Democrazia aziendale imprese transnazionali e dumping sociale*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- McGauran, K. (2016). *The Impact of Letterbox-Type Practices on Labour Rights and Public Revenue. Four Case Studies on the Use of Letterbox Companies and Conduit Entities to Avoid Labour Laws, Social Premiums and Corporate Taxes*. Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO). https://www.etuc.org/sites/default/files/press-release/files/ces_letterbox_compagnies_gb_juin_ok_0.pdf.
- Orlandini, G. (2012). *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*. Centre for the Study of European Labour Law «Massimo d'Antona», Working Paper no. 137. Catania: Centre for the Study of European Labour Law «Massimo d'Antona». http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20Antona/WP%20CSDLE%20M%20Antona-IT/20120117-070600_orlandini_137-2012.itpdf.
- Orlandini, G. (2013). *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*. Bologna: FrancoAngeli.
- Rocca, M. (2012). «The Proposal for a (So-Called) 'Monti II' Regulation on the Exercise of the Right to Take Collective Action within the Context of the Freedom of Establishment and Freedom to Provide Services. Changing without Reversing, Regulating without Affecting». *European Labour Law Journal*, 3(1), 19-34. <https://doi.org/10.1177%2F201395251200300103>.
- Sciarra, S. (2008). «Viking e Laval. Diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo». *Lavoro e diritto*, 2, 245-72. <https://doi.org/10.1441/26974>.
- Sgroi, A. (2011). «Il distacco di lavoratori nel quadro del regolamento CEE n. 1408/71 e del regolamento CE n. 883/2004». Foglia, R.; Cosio, R. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*. Milano: Giuffrè, 199-216.