

## Posted workers

La condizione dei lavoratori in distacco transnazionale in Europa

a cura di Rossana Cillo e Fabio Perocco

# La nuova direttiva sul distacco dei lavoratori nelle intemperie del mercato interno

Silvia Borelli

Università degli Studi di Ferrara, Italia

**Abstract** On 28 June 2018, the European legislator adopted the Directive (EU) 2018/957 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. This essay presents and discusses the main changes introduced by the new Directive: the extension of the binding rules of the Host State, the specific regulation of the long-term posting, the new rules on collective agreements, and the measures on the enforcement. The second part of the essay highlights the subjects that still remain problematic in the European regulation on the posting of workers: the fragmentation of the rules concerning labour law and social security, the possibility to organise collective actions, the posting of third-country nationals, and the employer-driven mobility outside the scope of the Posting of Workers Directive.

**Keywords** Posting of workers. Internal market. European law. Law applicable. Collective rights.

**Sommario** 1 L'equilibrio tra libera prestazione di servizi e tutela dei diritti dei lavoratori. – 2 La (quasi) irrilevanza dei legami tra le imprese nella disciplina del distacco. – 3 Il contenuto della direttiva (UE) 2018/957. – 3.1 L'estensione del nucleo di norme imperative di protezione minima dello Stato ospitante. – 3.2 Il distacco di lunga durata. – 3.3 L'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione previste dai contratti collettivi. – 3.4 L'effettività della normativa sul distacco dei lavoratori. – 4 I problemi ancora aperti. – 4.1 La frattura tra sicurezza sociale e diritto del lavoro. – 4.2 L'esercizio dei diritti sindacali. – 4.3 Il distacco di lavoratori di Paesi terzi. – 4.4 L'*employer driven mobility* al di fuori del distacco.



## Società e trasformazioni sociali 9

e-ISSN 2610-9689 | ISSN 2610-9085

ISBN [ebook] 978-88-6969-515-5 | ISBN [print] 978-88-6969-516-2

### Peer review | Open access

Submitted 2020-12-23 | Accepted 2021-03-30 | Published 2022-09-26

© 2022 Borelli | 4.0 International Public License

DOI 10.30687/978-88-6969-515-5/003

## 1 L'equilibrio tra libera prestazione di servizi e tutela dei diritti dei lavoratori

Il 28 maggio 2020 l'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona ha diffuso le conclusioni relative ai ricorsi per annullamento della direttiva (UE) 2018/957 presentati da Ungheria e Polonia, in buona parte riprese nelle sentenze della Corte di giustizia (CGUE 8 dicembre 2020, C-620/18, *Ungheria c. Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea*; CGUE 8 dicembre 2020, C-626/18, *Repubblica di Polonia c. Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea*). La lettura di tali conclusioni e delle decisioni della Corte di giustizia è, credo, il modo migliore per comprendere il contenuto della nuova direttiva e le contraddizioni tuttora sottese alla disciplina del distacco di lavoratori all'interno dell'Unione Europea.

L'Avvocato Generale ci ricorda che la direttiva (UE) 2018/957 intende raggiungere un equilibrio «tra due interessi non necessariamente coincidenti»: «la garanzia, per le imprese degli Stati membri, di poter effettuare prestazioni transnazionali di servizi mobilitando, senza restrizioni ingiustificate, lavoratori dal proprio Stato di stabilimento, affinché possano far valere il proprio vantaggio competitivo, qualora dispongano di un costo del lavoro più basso» e «la tutela dei diritti dei lavoratori distaccati, la cui condizione lavorativa nello Stato di destinazione deve essere simile a quella dei lavoratori di detto Stato» (conclusioni del 28.5.2020, C-620/18, § 61; in senso analogo: CGUE 8.12.2020, C-620/18, § 50; CGUE 8.12.2020, C-626/18, § 55).

A ben vedere, l'esigenza di trovare un equilibrio tra questi due opposti interessi è sottesa all'intera disciplina sul distacco.<sup>1</sup> E infatti, chiarisce l'Avvocato Generale, l'intervento del 2018 è diretto a modificare l'equilibrio stabilito nella direttiva 96/71/CE «e offrire una maggiore tutela ai lavoratori distaccati» (conclusioni del 28.5.2020, C-620/18, § 64).<sup>2</sup> Tale modifica - prosegue l'Avvocato Generale - è stata ritenuta indispensabile «a fronte dell'evoluzione dei mercati del lavoro dell'Unione dopo i successivi allargamenti e in conseguenza della crisi economica del 2008» (conclusioni del 28.5.2020, C-620/18, § 64). Con gli allargamenti del 2004 e del 2007 sono entrati nell'Unione Europea «nuovi Stati membri con un notevole potenziale di esportazione dei lavoratori distaccati»; la crisi economica del 2008 ha invece «favorito i distacchi transnazionali dei lavoratori e ha contribuito allo sviluppo di pratiche fraudolente (imprese fittizie o *letterbox companies*, falsi lavoratori autonomi)»

<sup>1</sup> Sul punto si veda il contributo di Giulia Frosecchi in questo volume.

<sup>2</sup> Si veda in particolare l'art. 1, par. 1, direttiva 96/71/CE come modificato dalla direttiva (UE) 2018/957.

---

(conclusioni dell'Avvocato Generale del 28.5.2020, C-620/18, § 42).<sup>3</sup>

L'Avvocato Generale si sofferma quindi sullo scontro tra Stati esportatori e Stati ricevitori di lavoratori distaccati che ha segnato tutto l'iter legislativo della direttiva (UE) 2018/957 e che ha condotto ai ricorsi per annullamento di Ungheria e Polonia. Questa contrapposizione è alimentata dal modo in cui la Corte di Giustizia e, in generale, le istituzioni europee hanno interpretato le norme dei Trattati sulle libertà economiche. Tale interpretazione ha infatti favorito il cosiddetto *regime shopping* che genera inevitabilmente una *regime competition* tra gli Stati.<sup>4</sup>

La direttiva (UE) 2018/957, nell'individuare «quali norme dello Stato ospitante si applicano al lavoratore distaccato nel periodo durante il quale la sua impresa fornisce la prestazione transnazionale di servizi» (conclusioni dell'Avvocato Generale del 28.5.2020, C-620/18, § 84), si occupa soprattutto di limitare i vantaggi connessi alla compressione del costo del lavoro che possono derivare dalla scelta della legge applicabile da parte dell'operatore economico. Come ribadisce per ben tre volte la Corte di Giustizia (sentenze CGUE 8.12.2020, C-620/18, § 51, 107 e 126; CGUE 8.12.2020, C-626/18, § 56, 90 e 104), il legislatore dell'Unione, adottando la direttiva (UE) 2018/957, «ha cercato di garantire la libera prestazione dei servizi su base equa, vale a dire in un quadro normativo che garantisca una concorrenza che non sia fondata sull'applicazione, in uno stesso Stato membro, di condizioni di lavoro e di occupazione di livello sostanzialmente diverso a seconda che il datore di lavoro sia o no stabilito in tale Stato membro, offrendo al contempo una maggiore tutela ai lavoratori distaccati, tutela che costituisce [...] il mezzo per salvaguardare la libera prestazione dei servizi su base equa».

Tuttavia, «le sole differenze di costi tra le imprese dell'Unione a essere neutralizzate» sono quelle risultanti dalle condizioni di lavoro e di occupazione elencate all'art. 3, par. 1 della direttiva 96/71/CE (sentenza CGUE 8.12.2020, C-620/18, § 141). Detto in altri termini, lo Stato ospite non può pretendere il rispetto di altre condizioni di lavoro, oltre a quelle previste dalla disposizione da ultimo richiamata.

---

<sup>3</sup> In senso analogo, si vedano le sentenze CGUE 8.12.2020, C-620/18, § 62 e CGUE 8.12.2020, C-626/18, § 67, che però non menzionano gli effetti della crisi economica sul distacco dei lavoratori.

<sup>4</sup> Sul punto si rinvia a Borelli 2020a.

## 2 La (quasi) irrilevanza dei legami tra le imprese nella disciplina del distacco

Nonostante l'enfasi posta sulla distinzione tra Stati esportatori e Stati ricevitori di lavoratori distaccati, occorre osservare che molti dei casi affrontati dalla Corte di Giustizia non riguardano imprese stabilite nei primi che subiscono la concorrenza da parte di imprese stabilite nei secondi, ma imprese che frammentano il proprio ciclo produttivo in una miriade di società stabilite in Paesi diversi, così da sfruttare le possibilità offerte dal *regime shopping*. A titolo esemplificativo si possono ricordare i casi che hanno riguardato le imprese olandesi di trasporto su strada, le quali hanno creato succursali in diversi Stati membri da cui venivano assunti i lavoratori per poi svolgere servizi di trasporto transfrontaliero.<sup>5</sup> Ma potrebbe citarsi anche il notissimo caso *Laval* (CGCE 18 dicembre 2007, C-341/05) in cui l'impresa lettone creava una succursale in Svezia e ivi distaccava i lavoratori assunti in Lettonia. Analogamente, in *Dobersberger* (su cui si veda *infra*), la società delle ferrovie federali austriache aggiudicava un appalto per la gestione di vagoni ristorante e del servizio a bordo a una società austriaca la quale subappaltava tale servizio ad altra società austriaca (controllata dalla prima al 100%) che, a sua volta, subappaltava ad una società ungherese (anch'essa controllata al 100%) che svolgeva il servizio avvalendosi principalmente di lavoratori messi a disposizione da una società di somministrazione ungherese.

I casi ora ricordati, così come altri posti all'attenzione della Corte di Giustizia, dimostrano come, soprattutto in alcuni settori, il *subcontracting* sia diventato il business model: per garantirsi maggiori profitti, molte società esternalizzano la (quasi) totalità del proprio ciclo produttivo ad altre società stabilite in Paesi dove il costo della manodopera è più basso. Di regola, la società a capo della catena di *subcontracting* detiene un potere di direzione sulle controllate (nell'ambito dei gruppi societari) o si trova comunque in una posizione economica più vantaggiosa e può dettare le condizioni contrattuali che le società coinvolte nella catena di *subcontracting* devono

<sup>5</sup> In *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, i lavoratori assunti dalla Van den Bosch GmbH (succursale tedesca della Van den Bosch Transporten BV, società di trasporto olandese) e dalla Silo-Tank Kft (succursale ungherese della Van den Bosch Transporten BV), iniziavano e terminavano i loro spostamenti a Erp nei Paesi Bassi, ove si trovava la sede della Van den Bosch Transporten BV. Dal 2013, erano stati creati 'punti di collegamento' in diversi Stati membri, da cui i conducenti svolgevano il trasporto transfrontaliero (conclusioni dell'Avvocato Generale del 30.4.2020, C-815/18, § 14). A parere dell'Avvocato Generale, sebbene i collegamenti infragruppo facilitino «l'accordo per una strategia che eviti l'applicazione delle norme sul distacco», non ci si può spingere «fino a creare effettivamente un 'sospetto di elusione' fondato sulla sola circostanza che taluni servizi siano prestati internamente oppure tra società in qualche modo collegate» (conclusioni presentate il 30.4.2020, C-815/18, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, § 111).

rispettare. La società a capo della catena di *subcontracting* può così godere dei maggiori profitti che gli derivano dal risparmio sul costo della manodopera per prestare un servizio, senza essere responsabile dei rischi e delle responsabilità imputate al datore di lavoro, dato che queste sono scaricate a valle della catena di *subcontracting*.<sup>6</sup>

In numerosi casi di distacco ci troviamo dunque di fronte a strategie per contenere il costo del lavoro messe in piedi da imprenditori che, per conseguire maggiori profitti, sfruttano le possibilità consentite dal mercato interno o accettano il rischio che nel proprio ciclo produttivo si verifichino comportamenti illeciti di vario tipo, in quanto lo schermo della personalità giuridica consente loro di non assumere alcuna responsabilità per tali condotte.

Per arginare le strategie di frammentazione del ciclo produttivo finalizzate allo sfruttamento dei lavoratori, la Corte di Giustizia ha di recente affermato che datore di lavoro non è colui che «ha stipulato un contratto di lavoro» ma colui che esercita l'autorità effettiva sul lavoratore, sopporta, di fatto, il costo salariale corrispondente e dispone del potere effettivo di licenziarlo (sentenza CGUE 16 luglio 2020, C-610/18, *AFMB*, § 80).<sup>7</sup> A parere dei giudici del Lussemburgo, questa interpretazione si impone per preservare la finalità dei regolamenti in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (i.e. garantire l'esercizio effettivo della libera circolazione delle persone), finalità che sarebbe compromessa se si consentisse alle imprese «di fare uso di espedienti puramente artificiali al fine di utilizzare la normativa dell'Unione al solo scopo di trarre vantaggio dalle differenze esistenti tra i regimi nazionali. In particolare, un siffatto uso di tale normativa rischierebbe di esercitare una pressione al ribasso sui sistemi previdenziali degli Stati membri ed eventualmente, in definitiva, sul livello di tutela fornito da questi ultimi» (sentenza CGUE 16.7.2020, C-610/18, § 69). L'affermazione del carattere oggettivo della nozione di datore di lavoro è dunque funzionale ad evitare che le imprese tengano condotte abusive, dirette ad eludere le nor-

<sup>6</sup> Sul punto si veda il contributo di Jan Cremers in questo volume.

<sup>7</sup> Nel caso di specie, alcuni autotrasportatori, residenti nei Paesi Bassi, venivano assunti da un'impresa cipriota che li metteva poi a disposizione di imprese olandesi. Tali autotrasportatori non avevano mai abitato o lavorato a Cipro e durante lo svolgimento del rapporto di lavoro con l'impresa cipriota esercitavano, per conto delle imprese olandesi, attività di trasporto. Queste ultime erano intervenute anche nel procedimento di assunzione, selezionando i lavoratori che venivano poi ingaggiati dall'impresa cipriota e sostenevano il costo effettivo delle retribuzioni, versando apposita commissione all'impresa cipriota. Le imprese olandesi di trasporto potevano poi decidere di non ricorrere più ai servizi di un autotrasportatore, il quale veniva di conseguenza licenziato dall'impresa cipriota (sentenza CGUE 16.7.2020, C-610/18, § 77). Come sostenuto dagli stessi lavoratori nel giudizio *a quo*, a seguito dell'assunzione da parte dell'impresa cipriota, in sostanza la loro situazione quotidiana non era cambiata, poiché continuavano, di fatto, «ad essere alla completa disposizione e sottoposti all'autorità» delle imprese olandesi (sentenza CGUE 16.7.2020, C-610/18, § 78).

me di conflitto previste dal legislatore europeo per garantire la libera circolazione dei lavoratori. La medesima argomentazione potrebbe essere utilizzata per interpretare le direttive 96/71/CE e 2014/67/UE, dato che anche queste fissano criteri per determinare la legge applicabile al distacco al fine di garantire la tutela dei lavoratori e la concorrenza leale tra imprese.

Altro segnale lanciato dal legislatore europeo per regolare la frammentazione dei processi produttivi è quello relativo al distacco a catena da parte di agenzie di somministrazione (art. 1, par. 3, lett. c), direttiva 96/71/CE come modificata dalla direttiva (UE) 2018/957). In questo caso, si è deciso di estendere il campo di applicazione della direttiva 96/71/CE, imponendo così, anche in caso di distacco a catena, l'applicazione di un nucleo di norme vincolanti dello Stato ospitante. A parte l'approccio settoriale, che non risolve tutti i possibili casi di distacco a catena,<sup>8</sup> occorre ricordare che ben altra soluzione è stata adottata per determinare la legge applicabile in materia di sicurezza sociale. In questo ambito, il punto 4 della Decisione A2 della Commissione amministrativa esclude l'applicazione della regola sul distacco (e prescrivere dunque l'applicazione della legge dello Stato ospitante) «quando l'impresa presso la quale il lavoratore è stato distaccato lo mette a disposizione di un'altra impresa» con sede nello stesso Stato membro della prima o in altro Stato membro.

Come già ricordato, il regolamento (CE) nr. 883/2004, è finalizzato ad assicurare la libera circolazione dei lavoratori; dunque, nei casi di distacco a catena, il legislatore ha potuto agevolmente escludere la norma derogatoria in materia di distacco e riaffermare la regola generale della *lex loci laboris*. Diversamente, la direttiva (UE) 2018/957, così come la direttiva 96/71/CE, è basata sull'art. 56 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) nel cui ambito vale la regola cardine secondo cui qualsiasi restrizione alla libera prestazione di servizi deve essere soppressa, salvo risponda ad una ragione imperativa di interesse generale e non vada oltre quanto necessario per il suo raggiungimento (conclusioni dell'Avvocato Generale del 28.5.2020, C-620/18, § 22 e 25). Vero è che la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale e può dunque giustificare l'imposizione di vincoli nello Stato ospitante. Difficilmente, però, l'applicazione della *lex loci laboris* in caso di distacco a catena supererebbe il test di proporzionalità connesso all'art. 56 TFUE, se non altro perché questa regola è diametralmente opposta alla regola cardine applicabile alla libera prestazione di servizi.

<sup>8</sup> Sul punto si veda il contributo di Giovanni Orlandini in questo volume e la decisione della Corte di giustizia in *Danieli* (sentenza 14.11.2018, C-18/17) in cui si ritiene applicabile, al caso oggetto del giudizio *a quo*, la direttiva 96/71/CE pur se, ad una sua interpretazione letterale e rigorosa, questo non vi sarebbe rientrato (i lavoratori venivano infatti distaccati non dal datore di lavoro, ma da una società del gruppo presso cui gli stessi erano stati distaccati).

Altra misura che potrebbe rivelarsi utile per limitare lo sfruttamento lavorativo nelle catene di *subcontracting* è l'imposizione di un obbligo di monitoraggio e di prevenzione delle condotte illecite in capo alla società a monte della catena.<sup>9</sup> Vi è tuttavia il rischio che misure di questo tipo siano utilizzate per ripararsi dalle conseguenze che potrebbero derivare dall'applicazione delle regole nazionali sulla responsabilità solidale,<sup>10</sup> le quali invece dovrebbero essere significativamente rafforzate per contrastare il fenomeno della dissociazione tra potere e profitto, da un lato, e rischi e responsabilità, dall'altro, tipico del *subcontracting*.<sup>11</sup>

Occorre altresì tenere a mente che la frammentazione del ciclo produttivo rende oltremodo difficile i controlli da parte degli ispettori che devono barcamenarsi in un dedalo di datori di lavoro e imprese.<sup>12</sup> Nello stesso tempo, la suddivisione dell'attività economica in una miriade di società minaccia la stabilità del rapporto di lavoro, che finisce per dipendere dalla tenuta dei rapporti commerciali tra le diverse società e spacca la comunità dei lavoratori, i quali faticano a organizzare azioni sindacali che coinvolgano tutta la manodopera impegnata nel ciclo produttivo.

Sarebbero pertanto necessarie misure che limitino, a monte, la possibilità di subcontrattare o la percentuale di opere e servizi che può essere subcontrattata. Allo stato attuale, tali misure sono state ritenute non conformi al diritto dell'Unione (si veda da ultimo Corte di giustizia 27.11.2019, C-402/18, *Tedeschi srl*). D'altro canto, il diritto dell'Unione continua tuttora a promuovere la creazione di società, e si preoccupa delle conseguenze negative di tale approccio solo marginalmente (si vedano le disposizioni contro le *letter-box companies* nella direttiva 2014/67/UE e nel regolamento (CE) nr. 1071/2009 come modificato dal regolamento (UE) 2020/1055).

Vi è poi un ulteriore problema che la disciplina del distacco tuttora non affronta: la frammentazione del ciclo produttivo mediante l'utilizzo di tecnologie digitali. La questione è stata trattata, per la prima volta, dalla Corte di giustizia in *Bundesdruckerei* (sentenza CGUE 18 settembre 2014, C-549/13). Nella pronuncia in questione, la Corte ha ritenuto non conforme all'art. 56 TFUE una norma-

**9** Si veda in proposito: Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese (2020/2129INL).

**10** Ciò accade nella direttiva 2014/67/UE (art. 12), nella direttiva 2014/36/UE (art. 14) e nella direttiva 2009/52/CE (art. 8).

**11** Sul punto, la direttiva (UE) 2018/957 si limita a obbligare la Commissione a presentare, entro il 30.7.2023, una relazione in cui si valuta «la necessità di introdurre ulteriori misure per garantire parità di condizioni e tutelare i lavoratori in caso di subcontrattazione» (art. 2, par. 2).

**12** Sul punto si rinvia al contributo di Giovanna Carosielli in questo volume.

tiva nazionale che obblighi un subappaltatore stabilito in uno Stato membro diverso da quello a cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice, a versare ai lavoratori, che svolgono la propria attività nel primo Stato, il salario minimo previsto dalla legge del secondo Stato.

Da allora tutto tace. Lo sviluppo del *crowdwork* all'interno dell'Unione europea prosegue così indisturbato (dal legislatore), beneficiando della regola cardine della libera prestazione dei servizi.

Preso atto dei rilevanti aspetti di contesto di cui la normativa del distacco non si occupa o si occupa solo marginalmente, nei prossimi paragrafi procederemo a illustrare il contenuto della nuova direttiva (§ 2) e a segnalare i problemi connessi alla disciplina applicabile ai lavoratori distaccati che rimangono tuttora irrisolti (§ 3).

### 3 Il contenuto della direttiva (UE) 2018/957

#### 3.1 L'estensione del nucleo di norme imperative di protezione minima dello Stato ospitante

Come scrive l'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, la direttiva (UE) 2018/957 mira a «migliorare le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati, per avvicinarle a quelle dei lavoratori dello Stato di accoglienza» (conclusioni del 28.5.2020, C-620/18, § 66; in senso analogo si vedano le sentenze CGUE 8.12.2020, C-620/18, §§ 52 e 57; CGUE 8.12.2020, C-626/18, §§ 57 e 62). In particolare, la nuova direttiva allarga le materie per le quali lo Stato ospitante può esigere il rispetto del proprio diritto interno, senza tuttavia imporre la piena parità di trattamento tra lavoratori distaccati e lavoratori locali (conclusioni del 28.5.2020, C-620/18, § 135).

A tal fine, il legislatore europeo ha riscritto il paragrafo 1 dell'art. 3 della direttiva 96/71/CE, inserendovi nuove materie – quali le condizioni di alloggio dei lavoratori, e l'indennità o il rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio – e indicando la 'retribuzione' in luogo delle 'tariffe minime salariali'.

Quanto al primo punto, è senz'altro importante avere previsto l'applicazione della legge dello Stato ospitante con riguardo alle condizioni di alloggio, ma mancano tuttora regole comuni per garantire ai lavoratori distaccati condizioni di alloggio dignitose.<sup>13</sup> La gravità della questione è emersa con tutta evidenza durante la pandemia dovuta al Coronavirus, quando numerosi lavoratori distaccati si sono trovati a vivere in alloggi che non consentivano il rispetto delle

<sup>13</sup> Cf. quanto previsto dagli artt. 5, par. 1, lett. c) e 6, par. 1, lett. c), direttiva 2014/36/UE in materia di lavoro stagionale.



misure di igiene e di distanziamento necessarie per contenere la diffusione dei contagi. Le stesse considerazioni valgono per il trasporto dei lavoratori dall'alloggio al luogo di lavoro e dal luogo di lavoro nello Stato di distacco al Paese di origine: anche in questo caso mancano regole per garantire condizioni di trasporto dignitose e, anche in questo caso, la necessità di dettare regole comuni in tale materia è emersa con tutta evidenza durante la pandemia quando taluni lavoratori sono stati pressoché abbandonati dai propri datori di lavoro nel Paese di distacco (cf. Rasnača 2020).

Come osservato in dottrina (Caro et al. 2015), i lavoratori distaccati dipendono dal loro datore di lavoro per quanto riguarda l'alloggio, il trasporto e, in generale, la protezione sociale nel Paese di distacco. «The high level of social dis-embedding puts the posted workers at risk of being exploited» (Van Hoek 2018, 477): per questo sono necessarie regole comuni per garantire specifici diritti ai lavoratori distaccati, che tengano conto della loro peculiare situazione.

Quanto alle indennità e i rimborsi per le spese di viaggio, vitto e alloggio, la legge dello Stato ospitante si applica solo per le spese sostenute dai lavoratori distaccati qualora si rechino o facciano ritorno al loro abituale luogo di lavoro nello Stato ospitante, ovvero qualora siano inviati temporaneamente da tale abituale luogo di lavoro verso un altro luogo di lavoro. Al rimborso delle spese sostenute a causa del distacco si applica invece la legge dello Stato di origine (art. 3, par. 7, direttiva 96/71/CE come modificato dalla direttiva (UE) 2018/957). L'interpretazione di quest'ultima disposizione è tuttavia controversa. A parere della Commissione europea (2019, 24), gli Stati membri rimangono liberi di regolare nel proprio diritto nazionale il rimborso delle spese per il distacco. Diversamente, la Confederazione Europea dei Sindacati (ETUC 2020) ritiene che la disposizione in esame imponga a tutti gli Stati di prevedere l'obbligo, per il datore di lavoro, di rimborsare tali spese; solo se intesa in questo modo la disposizione costituirebbe infatti una novità normativa. La diatriba pare risolta dalla Corte di Giustizia, la quale ha chiarito che la direttiva (UE) 2018/957 non costituisce «una direttiva di armonizzazione» e, di conseguenza, non crea alcun obbligo per gli Stati membri di prevedere il rimborso delle spese di viaggio, vitto e alloggio (sentenze CGUE 8.12.2020, C-620/18, §§ 68 e 134).

La direttiva (UE) 2018/957 introduce poi una presunzione relativa ai rimborsi spese: qualora non siano specificati quali elementi dell'indennità per il distacco siano versati a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute e quali facciano parte della retribuzione, l'intera indennità è considerata versata a titolo di rimborso delle spese (art. 3, par. 7, co. 2, direttiva 96/71/CE come modificato dalla direttiva (UE) 2018/957).

Quanto infine alla retribuzione, la direttiva consolida l'orientamento espresso in *Sähköalojen ammattiliitto* (sentenza CGUE 12 feb-

braio 2015, C-396/13). Come sottolinea l'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona,

l'identificazione delle 'tariffe minime salariali' della direttiva 96/71 con il salario minimo legalmente fissato dalla legislazione nazionale dello Stato ospitante aveva generato, nella pratica, un divario salariale tra i lavoratori locali e quelli distaccati, in particolare in settori come quello dell'edilizia. (conclusioni del 28.5.2020, C-620/18, § 154; in senso analogo si veda sentenza CGUE 8.12.2020, C-620/18, §§ 144-6)

La nozione di retribuzione è stata dunque introdotta per «correggere questi squilibri e migliorare la protezione dei lavoratori distaccati, creando condizioni di concorrenza più eque tra le imprese locali e quelle che distaccano lavoratori per fornire servizi» (conclusioni dell'Avvocato Generale presentate il 28.5.2020, C-620/18, § 156).

Di conseguenza, dall'entrata in vigore della direttiva, le imprese che distaccano lavoratori dovranno pagare loro una retribuzione che comprende il salario minimo più qualsiasi altro elemento obbligatorio in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o dei contratti collettivi di applicazione generale o applicabili ai sensi dell'art. 3, par. 8, direttiva 96/71/CE nello Stato ospitante (art. 3, par. 1, co. 3, direttiva 96/71/CE come modificato dalla direttiva (UE) 2018/957).

Come specificato dal considerando 18 della direttiva (UE) 2018/957, per verificare il rispetto della parità retributiva, «si dovrebbero raffrontare gli importi lordi complessivi della retribuzione anziché i singoli elementi costitutivi della retribuzione». Tuttavia,

al fine di garantire trasparenza e assistere le autorità e gli organismi competenti nello svolgimento di verifiche e controlli, è necessario che gli elementi costitutivi della retribuzione possano essere individuati in modo sufficientemente dettagliato in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali dello Stato membro a partire dal quale il lavoratore è stato distaccato. (considerando 18, direttiva (UE) 2018/957)

La direttiva (UE) 2018/957 non precisa quali elementi della retribuzione siano obbligatori; la nozione di retribuzione, così come le modalità per la sua determinazione, rientrano infatti tra le competenze esclusive di ciascuno Stato e delle parti sociali (considerando 17, direttiva (UE) 2018/957).<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Sui problemi che ciò genera nel nostro Paese si rinvia al contributo di Giovanni Orlandini.

È tuttavia imposto agli Stati un rigoroso obbligo di trasparenza: le informazioni sulle condizioni di lavoro e occupazione devono essere pubblicate sul sito web ufficiale nazionale; se ciò non si verifica, occorre tenerne conto nel determinare le sanzioni in caso di violazioni delle disposizioni dello Stato ospitante, applicabili ai sensi della direttiva 96/71/CE (art. 3, par. 1, co. 6, direttiva 96/71/CE come modificato dalla direttiva (UE) 2018/957) (ECPW 2020).<sup>15</sup>

Va infine segnalato che, in caso di distacco di lavoratori somministrati, la nuova direttiva impone ai Paesi ospitanti di applicare il principio di non discriminazione di cui all'art. 5, dir. 2008/104 secondo cui, per tutta la durata della missione, le condizioni di base di lavoro e di occupazione dei lavoratori somministrati «sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro». A tal fine, l'impresa utilizzatrice deve informare la somministratrice circa le condizioni di lavoro e di occupazione che si applicano ai propri dipendenti (art. 3, par. 1<sup>ter</sup>, direttiva 96/71/CE come modificato dalla direttiva (UE) 2018/957).

La disposizione non apporta gravi novità, dato che già in precedenza la direttiva 96/71/CE dava agli Stati membri la possibilità di estendere il nucleo di norme imperative di protezione minima applicabili ai lavoratori somministrati in distacco, molti dei quali si sono avvalsi di tale facoltà.

### 3.2 Il distacco di lunga durata

Altra novità introdotta dalla direttiva (UE) 2018/957 riguarda il distacco di lunga durata. Trascorsi 12 mesi (prorogabili fino a 18),<sup>16</sup> al lavoratore distaccato si applicano tutte le condizioni di lavoro e di occupazione stabilite nello Stato di destinazione da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, o da contratti collettivi di applicazione generale o previsti dall'art. 3, par. 8 (si veda *infra*), tranne che per quanto riguarda le «procedure, formalità e condizioni per la conclusione e la cessazione del contratto di lavoro» e i «regimi pensionistici integrativi di categoria» (art. 3, par. 1<sup>bis</sup>, direttiva 96/71/CE come modificato dalla direttiva (UE) 2018/957).

La direttiva prevede poi una disposizione antielusiva secondo cui, se l'impresa sostituisce un lavoratore distaccato con un altro lavo-

<sup>15</sup> Ciò non deve però compromettere il diritto del lavoratore a un rimedio effettivo (ECPW 2020).

<sup>16</sup> A parere del gruppo di esperti sul distacco della Commissione, lo Stato ospitante non deve autorizzare il prolungamento del periodo di distacco; si richiede semplicemente al prestatore di servizi di notificare la richiesta di proroga, motivandola (ECPW 2020, 13).

ratore distaccato che svolge le stesse mansioni nello stesso luogo, la durata del distacco corrisponde alla durata complessiva dei periodi di distacco dei singoli lavoratori distaccati (art. 3, par. 1*bis*, co. 3, direttiva 96/71/CE introdotto dalla direttiva (UE) 2018/957).<sup>17</sup>

La direttiva avvicina dunque «il regime dei lavoratori distaccati di lunga durata a quello dei lavoratori locali», senza tuttavia parificarli pienamente. Difatti, «i lavoratori distaccati di lunga durata continuano a mantenere una situazione giuridica ancorata alla libera prestazione di servizi» (conclusioni dell'Avvocato Generale presentate il 28.5.2020, C-620/18, § 164). Si applica pertanto la legge dello Stato ospitante solo per le materie espressamente indicate nell'art. 3, par. 1*bis* e non per altre materie, quali ad esempio la sicurezza sociale e la fiscalità (conclusioni dell'Avvocato Generale presentate il 28.5.2020, C-620/18, § 165).

L'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona precisa poi che, nei distacchi di lunga durata, la legge applicabile al rapporto di lavoro ai sensi del regolamento Roma I rimane quella dello Stato di origine (conclusioni del 28.5.2020, C-620/18, § 165). Il regolamento in questione prescrive l'applicazione al contratto di lavoro delle norme imperative «del Paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro» (art. 8, par. 2, regolamento (CE) nr. 593/2008). Per determinare la legge applicabile al contratto di lavoro occorre quindi individuare il luogo in cui viene abitualmente prestata l'attività lavorativa, a prescindere dal fatto che questa sia svolta nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi. La direttiva distacco prevede poi le norme di applicazione necessaria che, ai sensi dell'art. 9 regolamento Roma I, devono trovare applicazione qualunque sia la legge applicabile al contratto di lavoro (e dunque anche quando il lavoratore svolge la sua attività in un altro Paese in modo temporaneo).<sup>18</sup>

Di conseguenza, se la prestazione di lavoro si svolge abitualmente nello Stato di distacco, anche per un periodo inferiore a 12(18) mesi, il contratto di lavoro è regolato dalla legge di tale Stato (si pensi al caso di un contratto a termine di durata annuale in cui la prestazione si svolge nello Stato di distacco per 10 mesi). La regola sul di-

<sup>17</sup> Come evidenzia l'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, la formulazione della disposizione antielusiva è imprecisa «in quanto non fissa alcun limite temporale per effettuare il cumulo dei periodi nel corso dei quali i lavoratori distaccati svolgono una stessa mansione» (conclusioni del 28.5.2020, C-626/18, § 88).

<sup>18</sup> Nelle decisioni dei ricorsi per annullamento presentati da Polonia e Ungheria (sentenze CGUE 8.12.2020, C-626/18, §§ 132-4; CGUE 8.12.2020, C-620/18, §§ 178-80), la Corte di Giustizia ha affermato che la direttiva distacco costituisce una deroga alle norme di conflitto previsto dal regolamento (detterebbe cioè «norme speciali di conflitto di leggi»). Tale interpretazione non pare rispettosa del dato testuale della direttiva distacco, che richiama costantemente la legge applicabile al contratto di lavoro e dunque l'art. 8 del regolamento Roma I (consideranda 7-10 e 13; art. 3, par. 7).

stacco di lunga durata si applica invece quando il lavoratore viene temporaneamente inviato a svolgere la sua prestazione lavorativa in uno Stato diverso da quello di lavoro abituale.

### 3.3 L'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione previste dai contratti collettivi

Altra novità introdotta dalla direttiva (UE) 2018/957 riguarda l'estensione a tutti i settori dell'obbligo di applicare le condizioni di lavoro e di occupazione rientranti nelle materie di cui all'art. 3, par. 1, dir. 96/1 fissate da contratti collettivi o arbitrati dichiarati di applicazione generale (in precedenza tale regola si applicava solo al settore edilizio e poteva essere estesa, nel rispetto dei Trattati, ad ulteriori attività).

Tutti gli Stati membri (anche quelli in cui esistono contratti collettivi *erga omnes*) possono decidere di applicare tale regola anche ai contratti collettivi o agli arbitrati «che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate» e ai «contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale», a condizione che la loro applicazione assicuri la parità di trattamento tra imprese locali e straniere (art. 3, par. 8, direttiva 96/71/CE come modificato dalla direttiva (UE) 2018/957).

Anche in questo caso, la nuova direttiva mira ad estendere il nucleo di norme imperative di protezione minima delle quali lo Stato ospitante può esigere il rispetto. L'obiettivo è qui perseguito non allargando le materie per le quali è applicabile la legge dello Stato ospitante, ma estendendo le fonti normative che regolano tali materie.

Le questioni che rimangono tuttora irrisolte riguardano due profili: da un lato, la direttiva (UE) 2018/957 non supera i problemi generati dal principio di parità di trattamento tra imprese nei Paesi (come l'Italia) in cui i contratti collettivi hanno efficacia *inter partes*;<sup>19</sup> dall'altro, la nuova direttiva continua ad escludere l'applicazione ai lavoratori distaccati dei contratti collettivi di secondo livello (con l'eccezione dei lavoratori somministrati per cui vale la regola della parità di trattamento rispetto ai lavoratori assunti direttamente dall'impresa utilizzatrice: si veda *supra*).

Quest'ultima circostanza sembra un po' paradossale se si pensa che il diritto dell'Unione Europea, e in particolare le regole in materia di governance economica, promuovono il decentramento della contrattazione collettiva e dunque lo sviluppo di contratti aziendali. L'impossibilità di estendere le condizioni di lavoro e di occupa-

<sup>19</sup> Sul punto si rinvia alle attente riflessioni di Giovanni Orlandini in questo volume.

zione fissate dai contratti collettivi di secondo livello ai lavoratori distaccati da un lato (quando la contrattazione di secondo livello è acquisitiva) impedisce la piena realizzazione della parità retributiva; dall'altro (quando la contrattazione di secondo livello è ablativa) può mettere in discussione il principio di non discriminazione tra imprese locali e straniere.<sup>20</sup>

### 3.4 L'effettività della normativa sul distacco dei lavoratori

La direttiva (UE) 2018/957 detta infine alcune regole per promuovere l'effettività della normativa sul distacco. L'esigenza di migliorare la cooperazione tra gli Stati per garantire un maggiore controllo sul rispetto della disciplina in questione e sanzionare le condotte illecite è stata messa ampiamente in luce da numerosi studi e ha condotto alla creazione dell'Autorità Europea per il Lavoro (regolamento (UE) 2019/1149).<sup>21</sup>

La nuova direttiva ribadisce l'obbligo per gli Stati di predisporre una cooperazione tra le autorità competenti per il monitoraggio sulle condizioni di lavoro e di occupazione. In particolare, si richiede di «rispondere alle richieste motivate di informazioni da parte di tali autorità o organismi a proposito della fornitura transnazionale di lavoratori e nel combattere gli abusi evidenti o presunti casi di attività transnazionali illegali» (art. 4, par. 2, direttiva 96/71/CE come modificato dalla direttiva (UE) 2018/957).

L'autorità competente dello Stato di origine che non sia in possesso delle informazioni richieste dall'autorità competente dello Stato di distacco deve sollecitare l'ottenimento di tali informazioni presso altre autorità nazionali. In caso di ritardi persistenti nella trasmissione delle informazioni, la Commissione deve essere informata e adottare misure adeguate (art. 4, par. 2, direttiva 96/71/CE come modificato dalla direttiva (UE) 2018/957). Non viene tuttavia specificato quali misure possano essere prese dalla Commissione. D'altro canto, è inimmaginabile che la Commissione apra una procedura di infrazione in ogni caso di ritardo nella cooperazione amministrativa tra Stati; semmai la Commissione potrà agire nei confronti degli Stati in caso di grave recidiva. Deve tuttavia sottolinearsi che finora la Commissione non si è dimostrata particolarmente alacre nei confronti dei Paesi che vengono meno al dovere di leale collaborazione di cui all'art. 4 Trattato sull'Unione europea (TUE).

Altra novità importante riguarda l'obbligo per gli Stati di garantire ai lavoratori e ai loro rappresentanti procedure adeguate per ga-

<sup>20</sup> Sul punto si veda Giubboni, Orlandini 2018.

<sup>21</sup> Sia consentito il rinvio ad Allamprese, Borelli, Morsa 2020.

rantire il rispetto degli obblighi connessi alla disciplina sul distacco,<sup>22</sup> e di tutelare il lavoratore in caso di distacco fittizio (art. 5, direttiva 96/71/CE come modificato dalla direttiva (UE) 2018/957). Rimane tuttavia il dubbio di quali siano le misure adeguate che possono essere adottate in quest'ultimo caso dallo Stato ospitante, dubbio alimentato dall'applicazione, anche ai rimedi e alle sanzioni, del divieto di ostacoli alla libera prestazione di servizi. Di conseguenza, anche i rimedi e le sanzioni in caso di distacco illecito sono considerati ostacoli a tale libertà e sono sottoposti al relativo test di proporzionalità (si vedano da ultimo le sentenze CGUE 13 novembre 2018, C-33/17, *Čepelnik* e CGUE 12 settembre 2019, cause riunite C-64/18, C-140/18, C-146/18 e C-148/18, *Maksimovic*).

## 4 I problemi ancora aperti

### 4.1 La frattura tra sicurezza sociale e diritto del lavoro

Nonostante le misure introdotte con la direttiva (UE) 2018/957, nella disciplina del distacco rimangono tuttora irrisolti alcuni importanti problemi.

In primo luogo, rimane l'annosa questione della separazione tra i criteri per determinare la legge applicabile in materia di condizioni di lavoro e di sicurezza sociale.

Il problema è emerso in modo allarmante durante la pandemia quando numerosi lavoratori distaccati sono stati esclusi da meccanismi come la Cassa integrazione guadagni, in quanto non iscritti al sistema di sicurezza sociale dello Stato ospitante. Per lo stesso motivo, in caso di perdita dell'impiego, i lavoratori distaccati non hanno potuto beneficiare delle indennità di disoccupazione erogate nello Stato ospitante.

Un rapporto del network FresSco ha messo in evidenza altri cortei circuiti derivanti dall'applicazione delle regole di sicurezza sociale del Paese di origine, mentre al rapporto di lavoro si applica parte della disciplina del Paese ospitante (Lhernould et al. 2017). A titolo esemplificativo possono menzionarsi i casi di congedo di maternità, paternità o parentale: in tutte queste ipotesi, si applica la disciplina sulla sospensione del rapporto di lavoro prevista nello Stato ospitante; non essendo iscritto al sistema di sicurezza sociale di tale Paese, il lavoratore non percepisce tuttavia alcuna indennità erogata dal relativo ente previdenziale.

---

<sup>22</sup> Una disposizione analoga è già prevista dall'art. 11, direttiva 2014/67/UE che però, in taluni Paesi (tra cui l'Italia), non è stata correttamente recepita.

Altra situazione paradossale si verifica in caso di incidente sul lavoro o malattia professionale. In tale ipotesi, il lavoratore distaccato beneficia della normativa in materia di sicurezza sul lavoro presente nello Stato ospitante; tuttavia, non percepirà le indennità a carico dell'ente previdenziale previste in tale Stato, ma i trattamenti erogati dallo Stato di origine. Con l'assurda conseguenza che, a fronte del medesimo evento dannoso, le prestazioni sociali erogate sono differenti a seconda del lavoratore che lo subisce.

In generale, per le prestazioni temporanee dei lavoratori dipendenti non pare sussistere la *ratio* che giustifica la deroga alla *lex loci laboris* prevista dagli articoli 12 e 13 del regolamento (CE) nr. 883/2004. Nei casi di specie, infatti, i requisiti di anzianità lavorativa e/o contributiva sono assenti o hanno durata più breve di quanto previsto nei regimi pensionistici. Minore (o inesistente) è dunque il rischio di spezzettamento della posizione previdenziale in più sistemi di sicurezza sociale nazionali.

I problemi generati dalla separazione dei criteri per determinare la legge applicabile in materia di condizioni di lavoro e di sicurezza sociale sono enfatizzati dall'attuale complessa procedura per il ritiro del formulario A1, il quale può essere emesso dallo Stato di origine anche retroattivamente, rendendo così del tutto inefficaci le ispezioni fino a quel punto eseguite nel Paese di distacco (si veda da ultimo la sentenza CGUE 6 settembre 2018, C-527/16, *Alpenrind*). Come chiarito dalla Corte di giustizia, finché non viene ritirato o annullato dallo Stato di origine il formulario A1, lo Stato ospitante non può richiedere il pagamento dei contributi sociali, neppure nelle ipotesi in cui i giudici rilevino che le condizioni di svolgimento dell'attività del lavoratore esulino palesemente dalla sfera di applicazione della disciplina sul distacco (sentenza CGUE 27 aprile 2017, C-620/15, *A-Rosa Flussschiff*). Per chiedere il ritiro o l'annullamento dell'A1, lo Stato ospitante deve rispettare l'articolata procedura delineata dalla Corte di Giustizia (sentenza CGCE 10 febbraio 2000, C-202/97, *FTS*) e codificata poi dalla decisione A1 della Commissione amministrativa.

I limiti di tale procedura, abbondantemente messi in luce dalla dottrina, attengono: alla lunghezza e alla macchinosità della stessa; alla mancanza di sanzioni per lo Stato che non collabora; al fatto che la decisione della Commissione amministrativa non è vincolante; alla posizione di vantaggio in cui, di fatto, viene collocato lo Stato di origine per preservare il principio dell'unicità della legge applicabile; alla violazione del diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'UE, essendo pressoché impossibile per il lavoratore impugnare il formulario A1, una volta emesso.<sup>23</sup> Nel di-

---

**23** A quanto consta, non sono mai stati presentati ricorsi, da parte dei lavoratori, per chiedere allo Stato di origine l'annullamento o il ritiro del formulario A1.



battito in materia sorprende che non sia (quasi) mai sottolineato il fatto che le vittime del macchinoso meccanismo per l'annullamento o il ritiro del formulario A1 non sono i Paesi di destinazione (i quali, in fin dei conti, potrebbero avere un interesse a non iscrivere i lavoratori al proprio sistema di sicurezza sociale e a non erogare le prestazioni dovute in caso di distacco illegittimo), ma i lavoratori che, a causa della mancata iscrizione al corretto sistema di sicurezza sociale, sono privati di un'adeguata protezione sociale.

Per ora, l'unico spiraglio aperto dalla Corte di giustizia riguarda i casi di frode: quando l'istituzione dello Stato di distacco comunica all'istituzione che ha emesso i certificati A1 elementi concreti che suggeriscono che tali certificati siano stati ottenuti in modo fraudolento, e quest'ultima istituzione non procede a un riesame degli stessi entro un termine ragionevole, il giudice dello Stato di distacco può ignorare i certificati e ordinare al prestatore di servizi il pagamento dei contributi sociali (sentenza CGUE 6 febbraio 2018, C-359/16, *Altun*).

Le norme relative all'emissione e al ritiro del formulario A1 sono attualmente oggetto di un difficile negoziato in seno alle istituzioni europee. L'intenzione del Parlamento europeo, supportato da alcuni Paesi membri, è quella di codificare le regole in materia di rilascio fraudolento del formulario A1, rafforzare i controlli che devono essere svolti prima del rilascio, invalidare il formulario quando non è completo, impedirne l'emissione retroattiva. Il dibattito è, tuttavia, focalizzato soprattutto sul momento del rilascio del certificato A1; non viene invece prestata dovuta attenzione al fatto che la situazione esistente al momento della sua emissione potrebbe non coincidere con quanto poi avviene concretamente nel corso del distacco.

A ben vedere, l'obiettivo cui tendono taluni Stati e sindacati europei è quello della digitalizzazione della procedura. In particolare, si richiede che ciascun lavoratore sia dotato di un *European Social Security Number*, il quale faciliterebbe il *data exchange* e il *data sharing* tra le differenti autorità nazionali competenti, facendo venire meno l'esigenza del certificato A1.

## 4.2 L'esercizio dei diritti sindacali

Nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona si occupa anche, *incidenter tantum*, della cosiddetta clausola Monti introdotta dalla direttiva (UE) 2018/957 secondo cui la direttiva 96/71/CE non pregiudica l'esercizio dei diritti fondamentali, «compresi il diritto o la libertà di sciopero o il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri» e «il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi, o di intraprendere azioni collettive in conformi-

tà della normativa e/o delle prassi nazionali» (art. 1, par. 1bis, direttiva 96/71/CE introdotto dalla direttiva (UE) 2018/957).<sup>24</sup>

La disposizione in questione è stata fortemente voluta dai sindacati in seguito alla sentenza *Laval* che, come noto, ha ritenuto non conforme all'art. 56 TFUE un'azione collettiva promossa da un sindacato e diretta a tentare di costringere un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con esso una negoziazione per regolare le condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori distaccati in maniera più favorevole di quanto previsto dalle disposizioni legislative vigenti, o in materie non annoverate nell'art. 3, par. 1, direttiva 96/71/CE.

A parere dell'Avvocato Generale,

la non applicabilità della direttiva 96/71 ai diritti di azione collettiva dei lavoratori non significa che il loro esercizio non sia soggetto alle restanti norme nazionali e del diritto dell'Unione. Di conseguenza, questo precetto non osta a che, nei casi di distacco di lavoratori, si applichi l'articolo 28 della Carta o la precedente giurisprudenza della Corte sull'esercizio dei diritti collettivi dei lavoratori e il loro effetto sulla libera prestazione di servizi. (§§ 186 e 187; in senso analogo si veda sentenza CGUE 8.12.2020, C-620/18, § 168)

Così facendo, l'Avvocato Generale dà forma ai timori espressi dalla dottrina all'indomani dell'approvazione della direttiva (UE) 2018/957: nonostante l'importanza della clausola Monti, si dubita che tale disposizione possa risolvere i problemi generati dalla giurisprudenza *Laval*, in quanto tali problemi derivano, da un lato, dall'interpretazione sistematica della direttiva 96/71/CE alla luce dell'art. 56 TFUE, e dall'altro, dall'applicazione dell'art. 56 TFUE all'esercizio dei diritti sindacali, materia che fuoriesce dall'ambito di applicazione di quest'ultima direttiva.<sup>25</sup>

Per rimediare a tale situazione sarebbe necessario utilizzare la clausola Monti per riconsiderare il contenuto precettivo dell'art. 56 TFUE. Si è, ad esempio, suggerito di distinguere tra azioni collettive dirette a discriminare le imprese straniere (impedendone l'ingresso al mercato nazionale o imponendo loro condizioni più onerose rispetto alle imprese locali) e azioni collettive che «comportano un mero ostacolo (non discriminatorio) all'esercizio della libertà economica dell'impresa straniera», in quanto dirette a garantire la parità di trattamento tra lavoratori distaccati e lavoratori locali (Dorssemont, Orlandini 2014; Giubboni, Orlandini 2018). Analogamente, nel sindacare la proporzionalità dell'ostacolo generato dall'azione collettiva

<sup>24</sup> Clausole simili sono state inserite anche negli artt. 1, par. 7, direttiva 2006/123/CE e 1, par. 2, direttiva 2014/67/UE.

<sup>25</sup> Sul punto si veda diffusamente Orlandini 2019.

si dovrebbe considerare il fatto che questa è diretta a contestare il *business model* dell'impresa transnazionale.

Preme infine sottolineare che lo svilimento del significato pre-cettivo della clausola Monti cozza contro l'importanza che la Corte di giustizia ha attribuito all'art. 9 TFUE nell'interpretare le finalità della direttiva (UE) 2018/957. A parere dei giudici del Lussemburgo, il legislatore europeo deve «prendere in considerazione gli obiettivi trasversali dell'Unione sanciti dall'articolo 9 [...], tra i quali figurano le esigenze connesse alla promozione di un elevato livello di occupazione nonché la garanzia di un'adeguata protezione sociale» (sentenze CGUE 8.12.2020, C-620/18, §§ 41 e 46; CGUE 8.12.2020, C-626/18, §§ 46 e 51). Come noto, nella prospettiva dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), i diritti collettivi, e in particolare il diritto di azione collettiva, sono *enabling rights*, funzionali anche a ottenere un'adeguata protezione sociale.<sup>26</sup> Qualora la Corte di Giustizia sposasse la tesi dell'OIL, dovrebbe rivedere la propria giurisprudenza e garantire maggiori spazi di legittimità al diritto di sciopero. Se invece si intende valorizzare l'art. 9 TFUE, mantenendo invariata tale giurisprudenza, gli obiettivi sociali dovrebbero essere realizzati senza, o con una limitata, partecipazione politica dei lavoratori (Bavaro 2019).

### 4.3 Il distacco di lavoratori di Paesi terzi

Altro problema che non è affrontato nella normativa sul distacco è quello della tutela dei lavoratori di Paesi terzi in caso di distacco illegittimo.

Come si è altrove argomentato,<sup>27</sup> nella giurisprudenza in materia di distacco di lavoratori di Paesi terzi, la Corte di giustizia ha seguito un approccio *market-friendly*, facendo quasi sempre prevalere l'esigenza di eliminare gli ostacoli alla libera prestazione di servizi su quelli di tutela dei lavoratori, di garanzia di leale concorrenza o di ordine pubblico invocati dallo Stato di destinazione per imporre il rispetto della propria normativa in materia di permesso di soggiorno. Di conseguenza, i cittadini di Paesi terzi dotati di un permesso di soggiorno nello Stato di origine possono essere liberamente distaccati in altri Paesi membri, salvo nel caso di fornitura di manodopera in cui, invece, lo Stato di destinazione può richiedere il possesso del permesso di soggiorno.

Né la Corte di Giustizia né il legislatore europeo si sono però mai occupati del problema che genera tale approccio in caso di distacco illegittimo di lavoratori di Paesi terzi: qualora questi ultimi lamene-

<sup>26</sup> Sul punto si veda diffusamente Vogt et al. 2020.

<sup>27</sup> Sia consentito il rinvio a Borelli 2020b.

tino il mancato rispetto delle norme in materia di distacco, possono trasformare il loro *status* da quello di migrante regolare nel Paese d'origine a quello di migrante irregolare nel Paese di destinazione. Se, infatti, viene denunciato che l'impresa distaccante è una *letter-box company* o che il lavoratore non ha mai svolto alcuna attività nello Stato d'origine, la fattispecie non rientra più nell'ambito di applicazione della disciplina sul distacco; di conseguenza, viene meno il divieto per lo Stato di destinazione di richiedere il rispetto della normativa in materia di permessi di soggiorno.<sup>28</sup>

L'atteggiamento di apertura della Corte di giustizia sul distacco di cittadini di Paesi terzi ha dunque messo a disposizione delle imprese europee un esercito di lavoratori *'no frills'*, silenziosi e invisibili. Ciò trova ulteriore conferma nel fatto che, nella pluriventennale giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema, il problema dell'accesso dei lavoratori distaccati alla giustizia non sia mai stato affrontato, né in generale, né in relazione ai cittadini di Paesi terzi. D'altro canto, tutti i rinvii pregiudiziali relativi al distacco di tali cittadini sono stati sollevati da datori di lavoro cui lo Stato di destinazione contestava il mancato rispetto della normativa sui permessi di soggiorno.

Da qualche anno, poi, alcuni Stati, intenzionati a mantenere il vantaggio comparativo generato dal basso costo del lavoro, hanno cominciato a compensare l'emigrazione dei propri cittadini verso altri Paesi membri con l'emissione di un numero consistente di permessi di soggiorno per motivi di lavoro a favore dei cittadini di Paesi terzi. In tal modo, anche la normativa in materia di permessi di soggiorno è diventata oggetto del cosiddetto *law shopping*.

#### 4.4 *L'employer driven mobility* al di fuori del distacco

Merita infine di soffermarsi su una questione emersa con prepotenza di recente. Nella decisione sul caso *Dobersberger*, la Corte di giustizia ha escluso l'applicazione delle regole sul distacco ai lavoratori impiegati sul treno che percorre giornalmente la tratta da Salisburgo o Monaco di Baviera fino a Budapest in quanto

un lavoratore non può essere considerato distaccato nel territorio di uno Stato membro se l'esecuzione del suo lavoro non presenta un legame sufficiente con tale territorio. Tale interpretazione discende - continuano i giudici di Lussemburgo - dall'architettura

<sup>28</sup> I problemi relativi alla titolarità del permesso di soggiorno si sommano agli altri ostacoli all'accesso alla giustizia (quali la scarsa conoscenza della lingua del Paese d'origine e dei propri diritti in tale Paese, la condizione di povertà, il costo e la lunghezza dei processi), ampiamente messi in luce dagli studi dell'Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali (European Union Agency for Fundamental Rights 2015; 2019).

ra generale della direttiva 96/71/CE e, in particolare, dall'articolo 3, paragrafo 2, letto alla luce del considerando 15, che, in caso di prestazioni molto limitate nel territorio in cui i lavoratori interessati sono stati inviati, prevede che le disposizioni di tale direttiva riguardanti i minimi salariali e la durata minima delle ferie annuali retribuite non siano applicabili. (§ 31)<sup>29</sup>

La dottrina ha avuto modo di commentare, in modo critico e attento, il contenuto di questa decisione.<sup>30</sup> Ai fini della presente ricostruzione, basti sottolineare che, nel passaggio sopra riportato, la Corte di Giustizia ribalta completamente la prospettiva di analisi seguita nella sua giurisprudenza sulle prestazioni transazionali di lavoro, anche nel settore dei trasporti (sentenze CGUE 15 marzo 2011, C-29/10, *Koelzsch* e CGUE 15 dicembre 2011, C-384/10, *Voogsgaerd*).

In queste pronunce, i giudici del Lussemburgo ci hanno insegnato che occorre, in primo luogo, individuare qual è la legge applicabile al contratto di lavoro, facendo uso del metodo indiziario, per individuare il Paese nel quale o a partire dal quale il lavoratore presta la sua attività (sentenza CGUE 14 settembre 2017, C-168/16 e C-169/16, *Nogueira*, § 62). È con tale Paese che il lavoratore deve presentare un nesso significativo.<sup>31</sup> Quando poi «il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro Paese in modo temporaneo», si applica il nucleo di norme vincolanti fissate dalla direttiva 96/71/CE il quale può essere limitato (ma non escluso) solo per i «lavori di assemblaggio iniziale e/o di prima installazione di un bene, previsti in un contratto di fornitura di beni, indispensabili per mettere in funzione il bene fornito ed eseguiti dai lavoratori qualificati e/o specializzati dell'impresa di fornitura, quando la durata del distacco non è superiore a otto giorni» (art. 3, par. 2, direttiva 96/71/CE).

Come ci insegna la stessa Corte di Giustizia, le disposizioni che introducono deroghe a una regola generale devono essere interpretate restrittivamente e non possono essere applicate, in via analogica, a casi simili. Lo stesso discorso vale, ovviamente, anche per l'art. 1, par. 2, direttiva 96/71/CE che esclude dal relativo ambito di applica-

<sup>29</sup> Questa interpretazione è stata poi confermata dalla sentenza CGUE 1 dicembre 2020, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, C-815/18, § 45.

<sup>30</sup> Si vedano le note di dottrina indicate nel sito della Corte di giustizia: <https://bit.ly/3jaxgon>.

<sup>31</sup> Di conseguenza, «il luogo a partire dal quale il lavoratore effettua le sue missioni di trasporto, riceve le istruzioni sulle sue missioni e organizza il suo lavoro, nonché il luogo in cui si trovano gli strumenti lavorativi», «i luoghi in cui il trasporto è principalmente effettuato, i luoghi di scarico della merce nonché il luogo in cui il lavoratore ritorna dopo le sue missioni» rilevano ai fini della determinazione della *lex loci laboris* (sentenza CGUE 15.3.2011, C-29/10, § 49), e non ai fini del distacco (come pretenderebbe l'Avvocato Generale nelle conclusioni di *Federatie Nederlandse Vakbeweging* presentate il 30.4.2020, C-815/18, §§ 103-5).

zione solo «le imprese della marina mercantile con riguardo al personale navigante». Peraltro, come ricorda l'Avvocato Generale Szpunar nelle conclusioni di *Dobersberger*, la direttiva 2014/67/UE richiama espressamente i «lavoratori mobili del settore dei trasporti» (art. 9, par. 1, lett. b)). E, recentemente, la Commissione Europea ha ribadito che la direttiva 96/71/CE si applica a tutte le ipotesi di distacco, «a prescindere dalla loro durata» (Commissione europea 2019, 9).

La pronuncia della Corte in *Dobersberger* è dunque *contra legem*. Vero è che si potrebbe argomentare la non conformità della direttiva 96/71/CE e della direttiva 2014/67/UE rispetto alle disposizioni del Trattato sulla libera prestazione dei servizi (generali o relative ai trasporti) nella parte in cui si applicano anche ai trasporti su rotaia. Tanto più che, di recente, il legislatore europeo ha approvato un'apposita direttiva per definire quando si applica la normativa sul distacco, nell'ambito dei trasporti su strada (direttiva (UE) 2020/1057). In questa ipotesi, però, il legislatore è intervenuto prevedendo specifiche deroghe<sup>32</sup> e prima di allora la Corte di Giustizia non si era mai permessa di escludere i trasporti su strada dall'ambito di applicazione della direttiva 96/71/CE. E, anzi, la Corte di Giustizia ha, di recente, confermato che la direttiva 96/71/CE si applica «indipendentemente dal settore economico al quale una simile prestazione si ricollega, ivi compreso pertanto il settore del trasporto su strada» (sentenza CGUE 1 dicembre 2020, C-815/18, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, § 33).

Come correttamente segnalato (Rocca 2020), la Corte di Giustizia avrebbe potuto far rientrare nella direttiva i servizi di bordo, di pulizia e di ristorazione sui treni transfrontalieri, per poi pronunciarsi sulla proporzionalità delle misure in questione nel giudizio *a quo* in relazione all'art. 56 TFUE. Tanto più che il giudizio *a quo* riguardava l'applicazione di norme sulla dichiarazione preventiva di distacco e sui documenti che il datore di lavoro distaccante doveva tenere a disposizione in caso di controllo, nel periodo 2012-16, quando ancora non era decorso il termine per il recepimento della direttiva 2014/67/UE (e dunque il controllo della Corte di giustizia concerne solo la conformità con l'art. 56 TFUE).<sup>33</sup> Va anche detto che la direttiva 2014/67/UE autorizza gli Stati membri ad adottare «gli obblighi amministrativi e le misure di controllo necessari per assicurare l'effettiva vigilanza» sul rispetto della normativa sul distacco, a condizione però «che essi siano giustificati e proporzionati in conformità del diritto dell'Unione» (art. 9, par. 1).

<sup>32</sup> Per un primo commento del *Mobility Package* si veda Frosecchi 2020.

<sup>33</sup> Sul punto si vedano le sentenze della Corte di Giustizia del 13.11.2018, C-33/17, *Čepelnik* e del 12.9.2019, cause riunite C-64/18, C-140/18, C-146/18 e C-148/18, *Maksimovic*.

Certo, anche il giudizio di proporzionalità consente ampi spazi di discrezionalità alla Corte di Giustizia e si presta dunque alle critiche circa il suo ruolo nel processo di integrazione europea e alle riflessioni sul tumultuoso (impossibile?) dialogo tra le corti. Ma quanto meno si sarebbe evitato di aprire uno squarcio nella direttiva 96/71/CE, le cui dimensioni sono, al momento, indefinite.

Nella sentenza *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, il criterio del legame sufficiente con il territorio dello Stato di distacco viene esteso a tutti i settori (il caso in questione riguardava il trasporto su strada). A parere della Corte di giustizia, «l'esistenza di un simile legame è determinata nell'ambito di una valutazione globale di elementi quali la natura delle attività svolte dal lavoratore interessato in detto territorio, il grado di intensità del legame delle attività di tale lavoratore con il territorio di ciascuno Stato membro nel quale egli opera, nonché la parte che dette attività vi rappresentano nell'insieme del servizio di trasporto» (sentenza CGUE 1.12.2020, C-815/18, § 51).

La regola del legame stretto con il territorio dello Stato di distacco viene applicata anche in caso di distacco infragruppo: difatti,

l'esistenza di un vincolo di gruppo tra le imprese che sono parti del contratto di messa a disposizione di lavoratori non è, in quanto tale, idonea a definire il grado di collegamento con il territorio di uno Stato membro nel quale il lavoratore interessato è inviato e, pertanto, a determinare se il legame tra l'esecuzione del lavoro da parte di quest'ultimo e tale territorio sia sufficiente per constatare la sussistenza di una situazione di distacco rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 96/71. (sentenza CGUE 1.12.2020, C-815/18, § 56)<sup>34</sup>

Nel caso in esame, è sorprendente poi che la Corte di Giustizia non si soffermi su chi è l'effettivo datore di lavoro ma dia per scontata la legittimità della messa a disposizione di lavoratori a favore di una società del gruppo che fornisce loro le istruzioni, pur non essendone la datrice di lavoro (sentenza CGUE 1.12.2020, C-815/18, § 50), contraddicendo così l'orientamento espresso in *AFMB* (si veda *supra*).

**34** A parere della Corte di Giustizia, le regole sul distacco non si applicano né agli autisti che si limitano a transitare nel territorio di uno Stato (fattispecie che, di per sé, non rientra in alcuna delle fattispecie di cui all'art. 1, par. 3, direttiva 96/71/CE), né agli autisti che effettuano unicamente un trasporto transfrontaliero dallo Stato membro in cui ha sede l'impresa di trasporti fino al territorio di un altro Stato membro o viceversa (sentenza CGUE 1.12.2020, C-815/18, § 49)..

## Bibliografia

- Allamprese, A.; Borelli, S.; Morsa, M. (éds) (2020). *L'Autorité européenne du travail*. Bruxelles: Bruylant.
- Bavaro, V. (2019). «Sul fondamento ideologico della libertà di sciopero». *Rivista giuridica del lavoro*, 1, 369-89.
- Borelli, S. (2020a). «La nuova direttiva sul distacco: ancora un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro?». Avio, A. et al. (a cura di), *Lavoratori e cittadini. Dialoghi sul diritto sociale*. Bologna: il Mulino, 87-119.
- Borelli, S. (2020b). «Il distacco di lavoratori migranti». Chiaromonte, W.; Ferrara, M.D.; Ranieri, M. (a cura di), *Migranti e lavoro*. Bologna: il Mulino, 295-315.
- Caro, E. et al. (2015). «Posted Migration and Segregation in the European Construction Sector». *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 41(10), 1600-20. <https://doi.org/10.1080/1369183x.2015.1015406>.
- Commissione europea (2019). *Guida pratica sul distacco*. <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=22048&langId=it&>
- Dorssemont, F.; Orlandini, G. (2014). «Market Rules and the Right to Strike. A Different Approach». Rigaux, M.; Buelens, J.; Latinne A. (eds), *From Labour Law to Social Competition Law?*. Cambridge; Antwerp: Intersentia, 42-66.
- ECPW (2020). *Report to the Committee of Experts on Posting of Workers*. <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=22913&langId=en>.
- ETUC (2020). *Guidelines for the Transposition of the Revised Posting of Workers Directive*.
- European Union Agency for Fundamental Rights (2015). *Severe Labour Exploitation. Workers Moving within or into the European Union. States' Obligations and Victims' Rights*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- European Union Agency for Fundamental Rights (2019). *Protecting Migrant Workers from Exploitation in the EU. Workers' Perspectives*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Froscchi, G. (2020). «Il dumping sociale nel settore dell'autotrasporto europeo. In viaggio tra differenziali di costo e imprese cartiere». *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 167, 543-70. <https://doi.org/10.3280/GDL2020-167004>.
- Giubboni, S.; Orlandini, G. (2018). «Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi». *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 160, 907-46. <https://doi.org/10.3280/GDL2018-160010>.
- Lhernould, J.P. et al. (2017). *Analytical Report 2017. The Interrelation Between Social Security Coordination Law and Labour Law*. FreSsco. Free Movement of Workers and Social Security Coordination. Brussels: European Commission. <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=19404&langId=en>.
- Orlandini, G. (2019). «Padroni a casa propria. L'illusoria via nazionale alla difesa del conflitto collettivo nella storia recente del processo d'integrazione europea». *Rivista giuridica del lavoro*, 1, 417-50.
- Rasnača, Z. (2020). *Essential but Unprotected. Highly Mobile Workers in the EU During the Covid-19 Pandemic*. ETUI Policy Brief 9/2020. Brussels: ETUI. [https://www.etui.org/sites/default/files/2020-06/COVID%20Highly%20mobile%20workers%20Rasnaca%20Policy%20Brief%202020.09\\_0.pdf](https://www.etui.org/sites/default/files/2020-06/COVID%20Highly%20mobile%20workers%20Rasnaca%20Policy%20Brief%202020.09_0.pdf).



- Rocca, M. (2020). «One Train! (but Different Working Conditions)». *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 3, 50-71.
- Van Hoek, A.A.H. (2018). «Re-Embedding the Transnational Employment Relationship. A Tale about the Limitations of the (EU) Law?». *Common Market Law Review*, 55(2), 449-87.
- Vogt, J. et al. (2020). *The Right to Strike in International Law*. London: Hart.

