



Roma, 25 novembre 2013

**La Proposta di Direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori:
osservazioni sulla versione della Presidenza del Consiglio dell'Unione
(settembre-ottobre 2013)**

La versione della Proposta di Direttiva “*Enforcement*” della Presidenza del Consiglio dell'Unione del 22 novembre u.s. non recepisce buona parte degli emendamenti introdotti dalla Commissione Occupazione e Affari sociali del Parlamento Europeo ed elimina così i più significativi elementi di novità emersi nell'iter legislativo rispetto alla proposta originaria della Commissione del 21 marzo 2012 (COM(2012)131). Ciò è vero in particolare per il controverso art. 3 della Proposta il quale, riproducendo quasi fedelmente il contenuto della proposta della Commissione, lascia irrisolte le molteplici questioni problematiche cui essa dà origine (sulle quali cfr. la nota All'Imprese-Orlandini del 18.5.2012: <http://www.cgil.it/news/Default.aspx?ID=19110>).

* * *

Scopo dell'art. 3 è definire gli “indici fattuali” funzionali ad identificare un distacco genuino, cioè realizzato da un'impresa effettivamente stabilita in uno Stato diverso (Stato d'origine) da quello dove il distacco è eseguito (Stato ospitante); impresa alle cui dipendenze il lavoratore deve restare durante la sua “temporanea” presenza sul territorio dello Stato ospitante. In breve, la norma dovrebbe delineare i confini di liceità del distacco transnazionale, o, per usare categorie giuridiche proprie dell'ordinamento italiano, identificare la fattispecie “europea” di appalto illegittimo di manodopera.

Nel far ciò l'art. 3 elenca in primo luogo, al paragrafo 1, gli elementi dei quali le autorità competenti (in primo luogo gli organismi ispettivi dello Stato ospitante) devono “tener conto” nel

valutare se l'impresa stabilita all'estero vi svolga effettivamente "attività sostanziali diverse da quelle puramente interne di gestione/amministrazione del personale". Tali elementi sono "in particolare: a) il luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale e amministrativa, utilizza uffici, paga imposte, è iscritta in un albo professionale o è registrata presso la camera di commercio; b) il luogo in cui i lavoratori distaccati sono assunti; c) la legge applicabile ai contratti stipulati dall'impresa con i suoi lavoratori e con i suoi clienti; d) il luogo in cui l'impresa esercita la propria attività economica principale e in cui è occupato il suo personale amministrativo; e) il numero di contratti eseguiti e/o l'ammontare del fatturato realizzato nello Stato membro di stabilimento". L'unica modifica rispetto alla versione originaria della Commissione consiste nell'aver tolto dalla lett. e) il riferimento al "numero anormalmente basso di contratti"; una scelta che in teoria amplia i margini di discrezionalità delle autorità nazionali.

Le autorità competenti devono poi accertare che il lavoratore svolga temporaneamente la propria attività in un paese diverso da quello di abituale occupazione, considerando "tutti gli elementi che caratterizzano tale attività e la situazione del lavoratore". In particolare - ai sensi dell'art. 3, paragrafo 2 della Proposta di Direttiva - possono fondare tale valutazione sui seguenti elementi: a) l'attività lavorativa è svolta per un periodo di tempo limitato nello Stato ospitante; b) il distacco avviene in uno Stato diverso dal luogo "abituale" di lavoro secondo il reg. n. 593/08 (cd. Roma I); c) il lavoratore distaccato ritorna nel suo Stato d'origine o si prevede che lo faccia; d) il datore distaccante provvede alle spese di viaggio, di vitto e alloggio; e) i precedenti periodi nei quali il posto è stato occupato (dallo stesso o da altro lavoratore distaccato).

I criteri indicati per valutare la temporaneità del distacco sono in buona parte ripetitivi di quelli già dettati dal regolamento CE n. 593/08 (c.d. Roma I) allo stesso fine. La lett. c) riproduce quanto previsto nel *considerando* 36 del regolamento Roma I a norma del quale "il lavoro eseguito in un altro paese dovrebbe essere considerato temporaneo se il lavoratore deve riprendere il suo lavoro nel paese d'origine dopo l'esecuzione del suo compito all'estero". In altre parole l'art. 3, paragrafo 2, si limita a ribadire che va considerato distaccato un lavoratore che è tale alla luce dei generali criteri di diritto internazionale privato.

Gli unici elementi di "novità" sono rappresentati dalle lettere d) ed e). La prima rappresenta una doverosa precisazione di quanto già pacifico (cioè che deve essere il datore a farsi carico delle spese di viaggio e di alloggio). La seconda meriterebbe invece un chiarimento, perché, nel riferirsi all'eventuale ripetizione dei distacchi al fine di valutare il luogo di svolgimento abituale del lavoro, lascia irrisolta la questione relativa all'assunzione con contratti temporanei del lavoratore distaccato. La disposizione è discutibile se si intendesse riferita all'ipotesi di distacchi operati per svolgere la stessa attività con una pluralità di rapporti di carattere temporaneo. Ciò perché, in tal

caso, si avallerebbe l'opinione (accolta dalla stessa Commissione) per la quale la Direttiva n. 96/71 legittima assunzioni a termine finalizzate al distacco. Un'opinione tutt'altro che pacifica, dal momento che la valutazione in merito alla legge applicabile ai sensi del regolamento Roma I va condotta con riferimento al singolo contratto di lavoro; ragion per cui in tali ipotesi la legge applicabile dovrebbe considerarsi quella del paese ospitante sin dal primo distacco.

* * *

Gli elementi fattuali relativi all'attività dell'impresa distaccante riproducono nella sostanza quelli elaborati dalla Commissione amministrativa per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti per valutare la legittimità della deroga al principio di territorialità in materia previdenziale, ammessa in caso di distacco dall'art. 12 regolamento 883/04 e dall'art. 14 del successivo reg. 987/09 (cfr. Guida pratica "La legislazione applicabile ai lavoratori agosto 2012"). L'obiettivo è evidentemente quello di rendere omogenee la disciplina previdenziale con quella "sostanziale" del distacco. Tuttavia, mentre per la prima (la disciplina di previdenza sociale) i regolamenti UE indicano sia gli effetti della non genuinità del distacco (l'iscrizione nel regime previdenziale dello Stato ospitante), sia la specifica procedura da seguire per conseguirli (da attivare davanti alla suddetta Commissione), l'art. 3, paragrafo 1, della Proposta non dispone alcunché al riguardo; ed in ciò si coglie l'aspetto più criticabile della norma.

Se, da una parte, la norma sembra lasciare ampia discrezionalità agli organismi nazionali competenti (e, a monte, ai legislatori chiamati a recepire la Direttiva) in merito all'utilizzo degli "elementi fattuali" elencati (tanto da configurarli come "opzionali"), dall'altra, vincola gli stessi a considerarli "*complessivamente*" e mai "*isolatamente*", adattandoli al singolo caso ed alla "*specificità della situazione*": ciò significa che non è ammesso ricavare una valutazione di illegittimità del distacco sulla base di uno solo (o solo di alcuni) degli elementi indicati. In altre parole, la norma concede più ampi spazi di discrezionalità agli Stati che non intendano perseguire il ricorso abusivo ai distacchi, che agli Stati che intendano farlo applicando criteri troppo rigidi e vincolanti per le imprese.

Ma **la principale lacuna dell'art. 3 attiene all'assenza di un regime sanzionatorio**, ovvero alla mancanza di previsioni in merito alle conseguenze dell'accertamento di un distacco non genuino. **Manca in particolare la chiara affermazione per la quale ne debba conseguire l'applicazione del principio della parità di trattamento tra lavoratore (falsamente) distaccato e lavoratore nazionale "comparabile"**. Da ciò i dubbi circa la stessa finalità della norma; dubbi alimentati anche dal fatto che, rispetto all'originaria versione della Commissione del marzo 2012, si

è modificato il titolo della stessa, non più rubricata “*contrasto agli abusi*”, ma semplicemente “*elementi fattuali del distacco*”.

Limitandosi la norma a precisare che gli “elementi fattuali” da cui ricavare l’esistenza di un distacco transnazionale sono dettati “*ai fini dell’applicazione, attuazione e realizzazione della direttiva 96/71*” si dovrebbe concludere che l’accertamento di un distacco non genuino (perché non “temporaneo” o attuato da un’azienda che non svolge alcuna attività nel paese di stabilimento) comporta come unica conseguenza la non applicazione della Direttiva n. 96/71. La norma servirebbe in breve solo a delimitare l’ambito di applicazione della Direttiva in materia di distacco. Con il che non si darebbe alcuna risposta ai problemi esistenti relativi alla regolazione (e repressione) del fenomeno del ricorso abusivo al distacco per eludere la normativa del paese dove questo è eseguito. La soluzione di tali problemi resterebbe rimessa - così com’è già adesso - alle generali norme di conflitto dettate dall’art.8 del regolamento Roma I, che - come visto - sono di fatto recepite anche per definire la nozione di lavoratore distaccato.

In sede di Commissione Occupazione e affari sociali del PE si era proposto di inserire un nuovo paragrafo che rinviava proprio a tale regolamento, con la sibillina precisazione che, in caso di dubbio in merito alla legge applicabile, avrebbe trovato applicazione la soluzione “*più favorevole al lavoratore*”. L’emendamento era ambiguo, espressione evidente di una soluzione compromissoria; ma almeno migliorava il quadro esistente. La scelta della Presidenza di tornare alla versione originaria rischia invece di produrre effetti davvero paradossali. **L’art. 8 del regolamento Roma I non garantisce che il lavoratore debba considerarsi stabilmente impiegato sul territorio dove è stato “abusivamente” distaccato, con la conseguenza che questi potrebbe perdere perfino le tutele minime garantite dalla Direttiva 96/71**. Il problema si pone soprattutto nell’ambito dei **trasporti internazionali**, dove l’impossibilità di determinare il luogo di svolgimento abituale del lavoro può portare ad applicare la legge del luogo di stabilimento della sede che ha proceduto all’assunzione del lavoratore.

Nel lasciare irrisolti i problemi relativi alla legge applicabile, l’art. 3 della Proposta di Direttiva amplifica i dubbi in merito al rapporto tra la fattispecie del distacco transnazionale e le fattispecie di diritto interno alle quali questa si sovrappone. La definizione di criteri di valutazione in una fonte sovranazionale sembra infatti precludere la possibilità di ricorrere a quelli previsti dal diritto nazionale per identificare le residue ipotesi interpositorie previste dal d.lgs. n. 276/03. In presenza di un appalto transnazionale (cioè se l’appaltatore ha sede all’estero), allora, per valutare la legittimità dell’appalto non troverebbe applicazione l’art. 29 del d.lgs. n. 276/03, ma solo l’art. 3 della “nuova” Direttiva; allo stesso modo non sarebbero invocabili (né sul piano sostanziale né su

quello sanzionatorio) l'art. 30 relativo al distacco e gli artt. 27 e 28 relativi alla somministrazione irregolare e fraudolenta.

* * *

Anche l'**art. 9 della Proposta di Direttiva è stato riscritto dalla Presidenza del Consiglio dell'Unione, eliminando le più rilevanti novità introdotte con gli emendamenti approvati dalla Commissione Occupazione e Affari sociali del PE.** La norma riguarda i possibili obblighi amministrativi imponibili da parte degli Stati ospitanti alle imprese straniere per agevolare i controlli sulle condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati. Nessun vincolo a riguardo è previsto per gli Stati membri a garanzia del rispetto dei diritti dei lavoratori, essendo la norma piuttosto concepita - così come lo era all'origine - come finalizzata a stabilire vincoli al loro potere di limitare l'esercizio della libertà di prestazione dei servizi delle imprese. Si tratta cioè di una norma che va letta alla luce dei generali principi che governano il funzionamento del mercato dei servizi, come conferma la disposizione posta in apertura per la quale gli Stati possono imporre "soltanto" le misure necessarie ad assicurare l'effettiva vigilanza sul rispetto degli obblighi previsti dalla Direttiva 96/71, a condizione che queste siano giustificate e proporzionate ai sensi del diritto dell'Unione (par.1) .

Più volte la Corte di giustizia ha ribadito che qualsiasi vincolo amministrativo e procedurale venga richiesto a un'impresa straniera che distacca lavoratori, debba essere giustificato alla luce del cd. test di proporzionalità; vale a dire che lo Stato deve dimostrare che detti vincoli siano effettivamente funzionali a perseguire il fine di tutelare più efficacemente i lavoratori e che non siano configurabili altri modi per perseguire tale fine, meno intrusivi della libertà d'impresa. Ed è alla luce di tali criteri di valutazione che la Corte di giustizia, nella sua pluriennale giurisprudenza, ha ammesso l'adozione di varie misure di controllo, che vengono adesso "recepte" nel testo dell'art. 9 della Proposta di Direttiva.

Rispetto alla versione della Proposta adottata nel 2012 dalla Commissione, all'obbligo di previa comunicazione - entro l'inizio della prestazione del servizio - di una serie di informazioni relative al distacco e di tenuta sul luogo di lavoro di documenti eventualmente tradotti (copia del contratto di lavoro, fogli paga, cartellini orari e giustificativi di pagamento della retribuzione), si aggiunge la possibilità di richiedere che tali documenti vengano trasmessi alle autorità competenti dello Stato ospitante alla fine del distacco,: ciò in linea con la più recente evoluzione della giurisprudenza UE (Corte di giustizia, caso *Santos Palhota*). Ulteriore integrazione proposta dalla Presidenza del Consiglio dell'Unione da valutare positivamente riguarda la possibilità di imporre la designazione di una persona di contatto responsabile per i rapporti con le autorità competenti; persona che non

deve necessariamente coincidere con quella già prevista dal testo originario della Commissione per svolgere l'(eventuale) attività di negoziazione con le “*parti sociali interessate*”.

L'elenco delle misure adottabili non è tassativo, ed anche in ciò si coglie un sensibile miglioramento rispetto a quanto previsto nella Proposta originaria della Commissione. **Tuttavia l'adottabilità di misure ulteriori è fortemente limitata** sia dal principio generale enunciato nel par.1 (vedi sopra), sia da quanto ulteriormente specificato dal successivo par. 1a. Quest'ultima disposizione, nel ribadire che tali misure devono rispettare il generale principio di proporzionalità, ne condiziona l'adozione al **sopravvenire di “situazioni o nuovi sviluppi”** (“*situations or new developments*”) che portino a considerare insufficienti ed inefficaci le misure già esistenti. Con il che si introduce un ulteriore limite al potere statale, invero di difficile comprensione. Le misure elencate dalla Direttiva - come detto – sono, infatti, opzionali, vale a dire che gli Stati non sono tenuti ad adottarle, né tanto meno ad adottarle tutte. Non è chiaro dunque se l'adozione di misure diverse presupponga comunque l'adozione di tutte quelle elencate e la conseguente valutazione della loro inefficacia, o se, al contrario, il preventivo giudizio di inefficacia sulle misure esistenti possa riguardare anche solo parte di esse. Entrambe le soluzioni appaiono comunque irragionevoli e configurano un onere di giustificazione aggiuntivo a carico degli Stati (relativo all'inefficienza delle misure esistenti) che non trova fondamento nei principi del mercato interno.

Qualsiasi misura adotta dallo Stato (siano quelle “tipizzate” dalla Direttiva, siano quelle “aggiuntive”) deve essere comunicata alla Commissione che le comunica agli altri Stati membri ed alla quale viene attribuito il potere di valutarne la conformità al diritto dell'Unione. Ad essa dunque spetta una funzione di controllo preventivo sull'esercizio dei poteri statali, che naturalmente non esclude quello eventuale e successivo della Corte di giustizia.

* * *

Sostanziali modifiche sia rispetto alla versione della Commissione del 2012, sia rispetto alla versione emendata in sede di PE sono proposte dalla Presidenza riguardo al **regime della responsabilità solidale previsto dall'art. 12 della Proposta di Direttiva**. E ciò, a partire dalla rubrica dell'articolo (genericamente, “*responsabilità*”), dalla quale scompare proprio il riferimento alla responsabilità solidale nel subappalto.

Questa modifica si spiega con l'aggiunta all'art. 12 di un paragrafo iniziale (par. 0) con il quale si attribuisce agli SM il compito di adottare meccanismi funzionali ad assicurare ai lavoratori il diritto a riscuotere le retribuzioni arretrate, a vedersi restituite imposte, contributi e costi per l'alloggio indebitamente trattenuti sul salario. Dal momento che la norma è espressamente orientata a rendere i datori di lavoro distaccanti responsabili nei confronti dei lavoratori (distaccati) loro

dipendenti, fra tali meccanismi non rientra quello della responsabilità solidale; di questo, infatti, si occupa il paragrafo successivo.

Ed i meccanismi di cui trattasi non attengono neppure ai rimedi giurisdizionali da assicurare ai lavoratori stranieri, dei quali si occupa il precedente art. 11 della Proposta di Direttiva. Potrebbero invece rientrarvi gli strumenti a disposizione del personale ispettivo per garantire l'esecuzione degli obblighi retributivi; si pensi nell'ordinamento italiano all'atto della diffida accertativa di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 124/2004 (che il Ministero del lavoro ritiene, forzando la lettera della legge, notificabile anche all'appaltante "italiano" responsabile in solido).

Come detto, della responsabilità solidale tratta invece il paragrafo 2 dell'art. 12 della Proposta di Direttiva. **La Presidenza del Consiglio dell'Unione anche in questo caso "recupera" la versione originaria della Commissione del 2012, ignorando l'emendamento della Commissione del PE che rendeva obbligatorio il regime della solidarietà.**

Nella nuova versione gli Stati tornano "liberi" (ma previa consultazione delle parti sociali) di introdurre (o mantenere) il vincolo della responsabilità solidale in capo al contraente (appaltante) con sede sul proprio territorio; resta esclusa la responsabilità per i crediti dei dipendenti degli eventuali ulteriori subappaltatori, e ciò nonostante nella stessa disposizione si faccia esplicito riferimento alla "*catena di subappalto*". La responsabilità è poi limitata ai crediti per mancato pagamento delle "*tariffe minime salariali*" o di contributi a fondi convenzionali (in Italia, le Casse edili), e sempre a condizione che tale vincolo sia regolato in maniera non discriminatoria e nel rispetto del principio di proporzionalità.

Occorre rilevare che la facoltà di prevedere il vincolo della solidarietà in caso di appalti transnazionali è già riconosciuta agli Stati in virtù dei generali principi del mercato interno come interpretati dalla Corte di giustizia (casi *Wolff* e *Commissione c. Belgio*). E in questa giurisprudenza anche il regime della solidarietà viene assoggettato all'esigenza di non gravare le imprese (appaltanti e appaltatrici) di oneri procedurali che limitino eccessivamente l'esercizio della loro libertà economica.

Letto in questa ottica, l'art. 12 della Proposta non fa che recepire in una fonte di legislazione europea principi di origine giurisprudenziale, con l'unica novità di subordinare l'intervento statale al confronto con le parti sociali. Se approvato in questa versione, l'art. 12 è destinato comunque a "cristallizzare" tali principi rendendoli vincolanti ed ineludibili per tutti gli Stati.

E' vero che, anche nella versione della Presidenza, si ribadisce la facoltà degli SM di prevedere un regime della responsabilità più rigoroso, sempre che si rispettino i principi di non discriminazione e di proporzionalità (art. 12, par. 3). Il significato di quest'ultima disposizione però è reso ambiguo dal fatto che tale regime "più rigoroso" è riferito alla "portata ed entità della

responsabilità del subcontraente”, vale a dire dell’appaltatore straniero e non dell’appaltante “italiano”. Il che sorprende (ed è di difficile interpretazione) perché l’appaltatore straniero dovrebbe essere “sempre” pienamente responsabile dei crediti di lavoro, se pur nei limiti degli obblighi configurati dalla Direttiva 96/71.

Se anche quanto previsto dal par. 3 dell’art. 12 si intendesse finalizzato a legittimare regimi di solidarietà oltre i limiti posti dal precedente par. 1, resterebbe comunque il vincolo del rispetto dei principi di funzionamento del mercato interno (non discriminazione e proporzionalità) a rendere l’art. 12 (di nuovo) una disposizione che non fa che recepire quanto da tempo affermato dalla Corte di giustizia. Lo stesso vale per il successivo par. 3a, che attribuisce agli Stati che decidano di non recepire il regime della solidarietà configurato dal par. 1, la facoltà di adottare “*misure congrue*” finalizzate a “*prevenire l’uso abusivo o l’elusione della tutela dei diritti dei lavoratori impiegati nelle catene di subappalto*”.

Il vizio di simili disposizioni sta sempre nel fatto di non contribuire né ad ampliare l’ambito di intervento degli Stati rispetto a quanto già ricavabile dal vigente diritto dell’Unione, né a far chiarezza sui “limiti” che delimitano tale ambito, posti dal diritto UE a presidio dell’esercizio della libertà di prestazione dei servizi.

Riprova di ciò è l’inciso posto a chiusura del par. 3 dell’art. 12, che consente di esonerare da responsabilità il contraente (appaltante) “*che abbia adempiuto gli obblighi di diligenza previsti dalla legislazione nazionale*”.

Nella versione dell’art. 12 della Presidenza è venuto meno il par. 2 previsto nella Proposta originaria della Commissione che “imponesse” l’adozione di tale regola agli Stati, specificando che tra gli obblighi di diligenza potesse rientrarvi l’acquisizione da parte dell’appaltante di documenti attestanti il pagamento delle retribuzioni o il versamento dei contributi. Resta dunque solo il riconoscimento agli Stati membri della “facoltà” prevista dal par. 3, da esercitarsi nelle ipotesi di adozione di un regime di maggior rigore rispetto a quello “minimo” dettato dal par. 1.

Posto che (di nuovo) il potere per gli Stati di prevedere meccanismi di esonero dalla responsabilità solidale è già pacificamente ricavabile dal vigente diritto dell’Unione, non si capisce il senso e la portata di tale disposizione; anche considerando come sia certamente da escludere - per patente contrarietà ai principi del mercato interno - che con essa si intenda precluderne l’adozione con riferimento al regime “minimo” dettato dal par. 1.

Non è escluso tuttavia che - a prescindere dalle scelte del legislatore europeo - il principio per cui l’appaltante debba andare esente da responsabilità in caso di adempimento degli “obblighi di diligenza” si consolidi - grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia - come vincolo ineludibile per gli Stati che intendono adottare o hanno già adottato nei loro ordinamenti un regime

di solidarietà. E ciò perché la Corte di giustizia ritiene tale principio un riflesso di quello generale di “proporzionalità” alla luce del quale qualsiasi misura restrittiva della libertà economica dell’impresa deve essere valutata, come più volte ribadito nella stessa Proposta di Direttiva “*Enforcement*”.

Giovanni Orlandini