

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione,
6 febbraio 2018, C- 359/2016

Silvano Imbriaci
Avvocato in Firenze

La norma base in materia di trattamento previdenziale per i lavoratori e i loro familiari che si spostano all'interno della Comunità è costituita dall'art. 14, punto 1, lettera a) del regolamento (CEE) n. 1408/1971 del Consiglio, risalente al 14 giugno 1971 (nella versione modificata e aggiornata dal regolamento (CE) n. 118/97 del Consiglio, del 2 dicembre 1996, come modificato dal regolamento (CE) n. 631/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004), disposizione che deve essere letta anche in correlazione con l'articolo 11, paragrafo 1, lettera a), del regolamento (CEE) n. 574/72 del Consiglio, del 21 marzo 1972, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento n. 1408/71, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento n. 118/97. Il contenuto di tale regolamentazione normativa si traduce in una deroga al principio della territorialità dell'obbligo assicurativo (sancito in via generale dall'art. 13, comma 1 del Regolamento) nel caso di lavoratori distaccati: tali lavoratori infatti, nel momento in cui sono inviati in uno stato diverso da quello dove normalmente è esercitata l'attività, in una procedura di distacco,

sono soggetti alla legislazione dello stato di provenienza e non, come normalmente accade per i lavoratori che si spostano nell'ambito dell'Unione euro-

Distacco irregolare Ue, deroga al principio di territorialità contributiva

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si occupa del distacco dei lavoratori in uno stato membro e della verifica, ai fini del trattamento previdenziale, della genuinità della documentazione idonea a certificare la regolarità del distacco

LA MASSIMA

Previdenza e assistenza sociale - Distacco lavoratori in territorio UE- art. 14, punto 1, lett. a), regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971 - Disciplina previdenziale applicabile - Deroga al principio di territorialità - Condizioni - Certificazione fraudolenta -Valore probatorio - Non opponibilità

L'art. 14, punto 1, lett. a), del regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento (CE) n. 118/97 del Consiglio, del 2 dicembre 1996, come mod. dal regolamento (CE) n. 631/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, e l'art. 11, par. 1, lettera a), del regolamento (CEE) n. 574/72 del Consiglio, del 21 marzo 1972, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento n. 1408/71, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento n. 118/97, devono essere interpretati nel senso che, qualora l'istituzione dello Stato membro nel quale i lavoratori sono stati distaccati abbia investito l'istituzione che ha emesso certificati E 101 di una domanda di riesame e di revoca degli stessi, sulla scorta di elementi raccolti nell'ambito di un'inchiesta giudiziaria dalla quale è emerso che tali certificati sono stati ottenuti o invocati in modo fraudolento, e l'istituzione emittente non abbia tenuto conto di tali elementi ai fini del riesame della correttezza del rilascio dei suddetti certificati, il giudice nazionale può, nell'ambito di un procedimento promosso contro persone sospettate di aver fatto ricorso a lavoratori distaccati servendosi di tali certificati, ignorare questi ultimi se - sulla base di detti elementi e in osservanza delle garanzie inerenti al diritto a un equo processo che devono essere accordate a tali persone - constati l'esistenza di una tale frode.

¶ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 6 febbraio 2018, C- 359/2016

pea, alla legislazione dello stato di (provvisoria) destinazione. Tale deroga deriva direttamente dalla natura temporanea e circoscritta della fase di distacco e

dalla necessità che sia agevolata la possibilità di un esercizio di attività lavorativa anche per brevi periodi al di fuori dei confini del proprio stato, senza ripercussioni sul trattamento previdenziale dei lavoratori distaccati. Occorre infatti, ai sensi dell'art. 14 cit., che la durata prevedibile del lavoro non superasse i dodici mesi e che la persona non fosse inviata in sostituzione di altro lavoratore giunto al termine del suo periodo di distacco. Il Regolamento n. 1408/1971 è stato abrogato ed è stato sostituito a decorrere dal 1° maggio 2010, dal Regolamento (CE) n. 883/2004, che ha in sostanza ribadito il principio di cui all'art. 14 cit. nel nuovo art. 12, par. 1, con indicazione di un termine più lungo di durata prevedibile del lavoro per cui si è distaccati (24 mesi anziché 12).

Per completare il quadro normativo occorre menzionare anche le norme applicative: il Regolamento n. 574/72 emanato in applicazione degli articoli 13 e 14 del regolamento n. 1408/1971, proprio ai fini di evitare facili abusi in ordine alla legislazione applicabile, all'art. 11 prevedeva il rilascio, da parte dello stato di invio, di una certificazione (denominata *certificato E 101*) attestante che il lavoratore distaccato rimaneva soggetto alla legislazione dello stato di provenienza e la data finale del periodo di distacco. Anche tale Regolamento applicativo è stato poi sostituito con effetto a decorrere dal 1° maggio 2010, dal Regolamento (CE) n. 987/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio.

Secondo la disciplina normativa in materia, le certificazioni attestanti la situazione di una persona ai fini dell'applicazione del Regolamento sono accettate dalle istituzioni degli altri stati membri fino a che non siano dichiarate invalide dallo stato che le ha emesse; se vi sono dei dubbi circa la validità di tali documenti, lo stato che le riceve può chiedere chiarimenti allo stato di provenienza, anche ai fini di un eventuale ritiro dell'atto.

Ove le incertezze permangano, in mancanza di accordo tra le istituzioni, la questione può essere sottoposta alla commissione amministrativa per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti, istituita presso la Commissione UE, e composta da un rappresentante governativo per ciascuno degli stati membri (art. 80, par. 1, Regolamento n. 1408/1971). Per effetto del Regolamento n. 987/2009 l'attestazione rilasciata dallo stato di provenienza, indicativa anche della data finale presunta e delle condizioni del distacco, ha preso il nome di *certificato A 1* (per la versione italia-

na del certificato cfr. messaggio Inps n. 218/2016).

In tale certificato dunque si attesta che il lavoratore distaccato rimane assicurato, a fini previdenziali, nel paese UE in cui ha sede l'impresa distaccante e, nel caso di lavoratori autonomi, in quello dove abitualmente e ordinariamente è esercitata l'attività lavorativa.

La questione all'attenzione della Corte di Giustizia Ue

Così ricostruito il complesso quadro normativo, attività necessaria anche per la stratificazione nel tempo delle norme applicabili, la Corte può passare ad occuparsi della vicenda alla base della richiesta di intervento. Un'impresa edile belga, a partire dal 2008, aveva affidato tutti i suoi cantieri in subappalto ad imprese bulgare che distaccavano propri lavoratori in Belgio. In relazione a tali lavoratori, l'ente previdenziale belga non aveva potuto pretendere alcuna contribuzione previdenziale, in quanto risultavano tutti in possesso di certificati E 101 (o A 1) rilasciati dall'istituzione bulgara competente.

Vi era quindi, nei fatti, una completa esenzione contributiva che, anche in relazione allo svolgimento normale di attività cantieristica in Belgio, aveva destato qualche sospetto nelle autorità del paese di destinazione, soprattutto alla luce del fatto che la società belga appaltante era del tutto sprovvista di personale e che le imprese bulgare appaltatrici non esercitavano alcuna significativa attività in Bulgaria. Da qui la richiesta ufficiale da parte dell'ispettorato sociale belga di riesame delle certificazioni rilasciate, richiesta rimasta senza esito, in quanto la corrispondente istituzione bulgara ribadiva il contenuto di dette certificazioni, ritenendo soddisfatti i requisiti del distacco sotto il profilo amministrativo.

La vicenda è sfociata in un procedimento giudiziario portato avanti in Belgio nei confronti della società appaltante, a carico del datore di lavoro, per evasione contributiva ed utilizzo di lavoratori stranieri non ammessi o autorizzati a soggiornare nel territorio per più di tre mesi, senza permesso di lavoro. L'autorità giudiziaria belga, se in primo grado aveva ritenuto prevalente e opponibile il contenuto delle certificazioni confermate dallo stato di provenienza, in appello, avendo accertato la non genuinità del procedimento di formazione di dette certificazioni, aveva ritenuto che le stesse non potevano costituire valida giustificazione al mancato versamento di contributi, essendo peraltro irrilevante anche la mancata

attivazione da parte dello stato belga della procedura di contestazione presso la commissione amministrativa UE della validità degli stessi certificati. Infine, in sede di ultima istanza la Corte di cassazione belga ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla vera questione alla base di tutta la vicenda, ossia l'opponibilità all'autorità giudiziaria di diverso stato membro, della certificazione rilasciata dallo stato di provenienza nel caso in cui sia verificato che tale certificazione sia stata ottenuta o invocata in modo fraudolento.

La soluzione adottata dalla Corte di Giustizia Ue

La questione esaminata dalla Corte di Giustizia coinvolge temi di una certa rilevanza nell'ambito dei rapporti tra legislazione interna, legislazione comunitaria e limiti dell'attività giudiziaria di controllo; e questo è ancora più vero quando ad essere in gioco siano i profili della sicurezza sociale.

Lo scopo della normativa in tema trattamento previdenziale dei lavoratori migranti, nella concreta individuazione di un solo regime applicabile, è semplicemente quello di agevolare la circolazione dei lavoratori e l'attività di impresa anche al di fuori dei confini nazionali, senza che l'applicazione cumulativa di più regimi previdenziali possa creare complicazioni e difficoltà sia al lavoratore, nella ricostruzione della propria posizione assicurativa, sia al datore di lavoro, nelle sue strategie imprenditoriali. Per questo il criterio naturale posto in via generale è quello della sottoposizione alla legislazione previdenziale dello stato in cui il lavoratore svolge la sua attività (principio della territorialità).

Solo nel caso in cui si verifichi un distacco, proprio per la naturale *provvisorietà e temporaneità* dello svolgimento dell'attività fuori dai confini nazionali, anche per non intralciare la gestione del personale in capo alle imprese datrici di lavoro che intendano assumere commesse all'estero, e non svolgervi attività in modo stabile e duraturo, è consentita, in deroga, la possibilità di mantenere il regime previdenziale dello stato di provenienza, in presenza di due condizioni:

- › la conservazione di un effettivo vincolo tra impresa che procede al distacco e il lavoratore distaccato (la Corte lo definisce come *legame organico*)

- › il carattere non fittizio dell'impresa distaccante, comprovata dall'abituale e ordinario svolgimento, quasi in via principale, di attività nel territorio in cui essa è stabilita (l'attività all'estero come attività *extra ordinem*).

Queste condizioni devono essere accertate in modo rigoroso, proprio per i vantaggi dal punto di vista contributivo che il meccanismo del distacco UE assicura al datore di lavoro, nel momento in cui si trova esonerato dal versamento dei contributi previdenziali nello stato in cui invia i lavoratori in distacco¹. Proprio in tale ottica, e in relazione alla eccezionale deroga al principio della territorialità nel caso di distacco, la normativa europea richiede una rigorosa certificazione da parte dello stato di provenienza, che assicuri la "genuinità" dell'intera operazione, per evitare in sostanza che il distacco certificato si presti ad un meccanismo complessivamente elusivo degli obblighi contributivi e previdenziali vigenti nello stato di destinazione. Da qui il carattere assolutamente vincolante di tale attestazione, effetto che scaturisce dal principio della leale collaborazione e della fiducia che invero i rapporti tra gli stati membri. Proprio per la delicatezza di tale meccanismo, la normativa europea, come abbiamo visto, prevede un procedimento prima amministrativo e poi giudiziario volto ad esaminare, in caso di sospetti, la genuinità di detta certificazione e quindi a stabilire la normativa previdenziale concretamente applicabile.

Fin qui tutto bene. Ma cosa succede nel caso in cui tale procedura amministrativa (e poi giudiziaria) prevista dal Regolamento n. 1408/1971, con il ricorso alla Commissione Amministrativa e poi in ultima istanza alla Corte stessa, non sia stata utilizzata, e vi siano comunque sospetti o indagini giudiziarie circa la validità di tale certificazione, per la mancanza dei requisiti per il rilascio o per l'intenzione fraudolenta di aggirare le condizioni per il rilascio? È vero, lo stato membro che riceve i lavoratori distaccati può sempre chiedere all'istituzione dello stato di provenienza di verificare la validità della certificazione e di procedere alla sua revoca in caso di constatata irregolarità. Tuttavia il problema si pone nel caso in cui la certificazione sia confermata, oppure non si dia corso alla revoca nei tempi stabiliti. Può tale certifi-

¹ Vi è comunque anche un vantaggio per il lavoratore derivante dalla conservazione del regime previdenziale dello stato di appartenenza: l'unicità della posizione assicurativa, più facilmente gestibile rispetto ai casi, frequenti, di frammentarietà dei periodi contributivi e necessità di ricostruzione della storia assicurativa in presenza di contribuzione versata all'estero.

cazione formalmente ancora valida essere ignorata o disapplicata dall'autorità giudiziaria dello stato di destinazione, in poche parole essere ritenuta non vincolante? Qui è il nodo della questione. L'aver accertato che i certificati in realtà sono stati ottenuti in modo fraudolento, allo scopo di eludere le condizioni che permettono il distacco dei lavoratori in ambito UE in deroga al principio di territorialità, secondo la Corte costituisce valido motivo idoneo a considerare non vincolante tale certificazione. Prevale infatti, sia sul carattere vincolante della certificazione, sia sulla irregolarità derivante dalla mancata attivazione del procedimento di fronte alla Commissione amministrativa UE e alla Corte di Giustizia, il divieto generale rivolto ai soggetti dell'ordinamento, di avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme dell'Unione. Si tratta di un principio generale dell'Unione, espresso e consolidato anche a livello giurisprudenziale (la Corte cita una ricca giurisprudenza), di fronte al quale recedono sia il principio della vincola-

tività delle certificazioni relative ai lavoratori distaccati per gli stati membri diversi da quello in cui ha sede l'impresa, sia il principio della necessaria osservanza delle procedure di composizione della crisi previste dai regolamenti in vigore, nel caso di certificazioni ritenute invalide (per profili che attengono alla loro formazione o allo scopo fraudolento per cui sono utilizzate). Ciò che viene tutelato in ambito previdenziale è dunque non qualunque distacco, ma il *distacco legittimo*, ossia quello certificato da attestazione validamente formata e corrispondente al vero, rilasciata dall'istituzione dello stato di provenienza, nella quale siano state verificate le circostanze dell'esercizio abituale dell'attività nello stato di provenienza da parte del datore di lavoro, e dello svolgimento dell'attività lavorativa da parte del lavoratore distaccato in altro stato solo per un periodo determinato, con scadenza finale individuata, senza che vi sia sostituzione/turnazione con altri lavoratori già distaccati. ●