

Armando Montemarano

Senior partner

Studio Montemarano, avvocati

e commercialisti in Roma e Milano

La riforma dei distacchi di personale all'interno dell'Unione europea

Il Parlamento Europeo nel corso della seduta plenaria tenuta a Strasburgo dal 28 al 31 maggio 2018 ha approvato in via definitiva le modifiche alla direttiva

96/71/CE (già novellata una volta nel 2014) in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi transnazionali all'interno dell'Unione, con l'obiettivo di soddisfare l'esigenza di eliminare fra gli Stati membri gli ostacoli alla libera circolazione delle persone e dei servizi, rimuovendo le restrizioni fondate sulla nazionalità o sulla residenza. Gli Stati membri avranno due anni di tempo per adeguare la normativa nazionale alle modifiche apportate alla direttiva.

Le pratiche sleali

Le nuove regole incideranno su una realtà significativa. Basti pensare che, in base ai dati elaborati dello stesso Parlamento, nel 2016 i lavoratori distaccati nell'Unione erano 2,3 milioni e che il fenomeno del distacco transnazionale è aumentato del 69% tra il 2010 e il 2016. I lavoratori distaccati dall'Italia sono oltre 110.000, destinati per lo più in Francia (18,7%) e in Germania (10,2%); ma sono molti (oltre 60.000) anche i lavoratori distaccati nel nostro Paese, provenienti da altri Stati membri dell'Unione: dalla Germania arriva il 18,8% dei distaccati, dalla Francia il 18,3%, dalla Spagna il 14%.

La direttiva 71, nel disciplinare il distacco di lavoratori nel territorio di uno Stato membro da parte di imprese stabilite in altro Stato membro nel quadro di una prestazione di servizi, a seguito delle innovazioni apportate ora dal Parlamento si propone di garantire la protezione di questi lavoratori per la durata del distacco, stabilendo disposizioni obbligatorie riguardanti le condizioni di lavoro e la tutela della sicurezza e della salute, nella ricerca di un equilibrio

Il Parlamento europeo ha approvato nuove regole per assicurare parità di retribuzione e di trattamento tra lavoratori distaccati e lavoratori del luogo di esecuzione del servizio

non certo facile tra la libertà del mercato e la tutela dei diritti sociali.

I problemi cui si è cercato adesso di dare soluzione sono diversi, ma quello più eclatante riguarda la legittimità che ai distaccati possa essere corrisposta una retribuzione inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo di esecuzione dei servizi (in tal senso, ad esempio: Corte Giust. Ue 3 aprile 2008, C-346). Questa interpretazione della direttiva ha alimentato pratiche sleali, consentendo di corrispondere i bassi salari determinati dai contratti collettivi applicati negli Stati di provenienza dalle imprese distaccanti ai lavoratori distaccati in Stati membri nei quali le retribuzioni minime (e il costo della vita) sono ben più elevati.

Alla disparità di trattamento tra lavoratori distaccati e lavoratori occupati in imprese stabilite nello Stato di destinazione consegue un duplice effetto negativo: scarsa tutela dei diritti dei lavoratori distaccati e depressione dei livelli salariali della manodopera locale per la concorrenza attuata dal personale distaccato a basso costo. Questa situazione genera non di rado tensioni tra lavoratori provenienti da altri Stati e lavoratori del luogo, spesso impiegati nello stesso settore merceologico, quando non nella stessa azienda. Il disagio si è acuito anche perché nell'ultimo ventennio i differenziali del costo del lavoro, comprensivo di retribuzione e oneri sociali e fiscali, tra gli Stati con livelli salariali alti e quelli con i livelli più bassi sono cresciuti, favorendo l'aumento non virtuoso del numero dei distacchi transnazionali. Nelle «note» al Parlamento europeo si è denunciato apertamente il «potenziale abuso

della direttiva per eludere la legislazione in materia di occupazione e di sicurezza sociale approfittando di numerose lacune, quali il distacco a rotazione e le società di comodo».

La riforma della direttiva 71 si muove in più direzioni, con l'obiettivo di restaurare una situazione di maggiore equilibrio, quale si pensava di avere garantito in origine, quando gli Stati membri, prima del quinto allargamento dell'Unione attuato nel 2004, erano caratterizzati da economie comparabili, da livelli di protezione del lavoro omogenei, da sensibilità condivise, che assicuravano un livello accettabile di coesione sociale all'interno della Comunità.

La parità retributiva

Le nuove disposizioni prevedono che a tutti i lavoratori distaccati dovranno essere applicate le norme dello Stato ospitante in materia di retribuzione, nonché i contratti collettivi generali, territoriali o settoriali, finora applicati solo nel settore delle costruzioni; e ciò indipendentemente da quale legge si applichi al rapporto di lavoro. Le imprese stabilite nello Stato di accoglienza, mediante l'applicazione dei contratti, dovranno garantire ai lavoratori distaccati nel loro territorio, su una base di parità di trattamento, le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle seguenti materie:

- › periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo;
- › durata minima dei congedi annuali retribuiti;
- › retribuzione, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario;
- › condizioni di cessione temporanea dei lavoratori;
- › sicurezza, salute e igiene sul lavoro;
- › provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani;
- › parità di trattamento fra uomo e donna e antidiscriminazione;
- › condizioni di alloggio dei lavoratori (quando questo è fornito dal datore di lavoro ai lavoratori lontano dal loro normale luogo di lavoro);
- › indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori lontani da casa per motivi professionali (questa materia si applica esclusivamente alle spese di viaggio, vitto e alloggio sostenute dal lavoratore distaccato in caso di trasferta dallo Stato di provenienza a quello del distacco, compresa l'ipotesi in cui nella stes-

sa giornata debba fare ritorno al suo normale luogo lavoro).

Viene superata la nozione di «tariffa minima salariale», su cui riposavano le garanzie in materia di trattamento economico, sostituita da quella di «parità retributiva», con il chiarimento espresso che il concetto di «retribuzione» è determinato dal diritto e dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato e che, con essa, si intendono tutti gli elementi resi obbligatori da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali, da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale nello Stato membro in questione, i quali devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate.

Affinché i lavoratori distaccati siano informati delle condizioni di lavoro e di occupazione che saranno loro riservate nell'esecuzione del distacco, gli Stati membri dovranno pubblicare in maniera trasparente, sull'apposito sito web ufficiale, gli elementi costitutivi di tali condizioni e, in particolare, della retribuzione.

La durata del distacco

La lunga durata del distacco costituisce, di per sé, un indizio della mancanza di genuinità. Il distacco genuino, infatti, è ontologicamente temporaneo e teleologicamente rivolto a soddisfare un interesse del datore di lavoro distaccante, come del resto recepito, nel definire l'istituto, dal legislatore nazionale (art. 30, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003).

Il paragrafo 1-bis, inserito ora nell'art. 3 della direttiva 71, statuisce che quando la durata effettiva di un distacco supera i dodici mesi, occorre provvedere affinché, indipendentemente dalla legge che si applica al rapporto di lavoro, vengano garantite ai lavoratori, su una base di parità di trattamento, non solo le condizioni di lavoro e di occupazione assicurate in ogni caso di distacco transnazionale, bensì tutte le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili, per norme o per contratti collettivi, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione, con eccezione delle seguenti materie: a) procedure, formalità e condizioni per la conclusione e la cessazione del contratto di lavoro, comprese le clausole di non concorrenza; b) regimi pensionistici integrativi di categoria.

Lo Stato membro in cui il servizio viene prestato,

sulla base di una richiesta motivata del prestatore di servizi, può concedere una proroga del periodo annuale di ulteriori sei mesi, estendendo così a diciotto mesi il termine entro cui si deve applicare la piena parità di trattamento. Non solo, ma a rafforzare l'intento antielusivo, la novella specifica che se l'impresa sostituisce un lavoratore distaccato con un altro lavoratore distaccato che espleti le stesse mansioni nello stesso posto, la durata del distacco, ai fini della parità di trattamento, corrisponde alla durata complessiva dei periodi di distacco dei singoli lavoratori interessati. La norma chiarisce che il concetto di «stesse mansioni nello stesso posto» è determinato tenendo in considerazione, tra l'altro, la natura del servizio da prestare, i lavori da effettuare e il luogo di lavoro.

Le restrizioni ai distacchi di lunga durata mirano non soltanto a tutelare i lavoratori distaccati, ma anche a contenere fenomeni di dumping favorendo, sotto il profilo del costo del lavoro, una parità di trattamento tra imprese locali e imprese distaccanti.

Il lavoro interinale

Ulteriore intento perseguito con le modificazioni della direttiva 71 è quello di garantire che le norme nazionali sulla somministrazione di lavoro siano applicate anche alle agenzie con sede all'estero che distaccano lavoratori nel territorio di un altro Stato membro.

Il fenomeno del lavoro interinale transnazionale sta infatti estendendo la prassi del distacco di personale all'interno dell'Unione; non tanto nell'edilizia e nella manifattura, quanto in quello dei servizi. E non solo nei servizi alle imprese (la logistica, anzitutto) ma pure nei servizi di cura alla persona nei settori della sanità, dell'istruzione, dell'assistenza sociale e, perfino, nel lavoro domestico.

La direttiva (art. 1, par. 3) dovrà pertanto essere applicata, anche:

- › nei distacchi disposti da imprese di lavoro temporaneo, o che comunque effettuino la cessione temporanea di lavoratori, in favore di un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente;
- › nel caso in cui un lavoratore che sia stato ceduto da un'impresa di lavoro temporaneo, o da un'im-

presa che effettua cessioni temporanee presso un utilizzatore, sia chiamato da quest'ultimo a svolgere un lavoro nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale in uno Stato membro diverso da quello in cui egli abitualmente lavora o per l'impresa di lavoro temporaneo o per l'impresa che effettua cessioni temporanee, oppure per l'impresa utilizzatrice. In tali ipotesi il lavoratore è considerato distaccato in quello Stato membro dall'impresa di lavoro temporaneo o dall'impresa che effettua la cessione temporanea con la quale sussiste un rapporto di lavoro.

I fornitori di lavoro interinale dovranno dunque conformarsi in pieno alle disposizioni della direttiva.

La genuinità del distacco

La disomogeneità dei mercati nazionali può sollecitare le imprese a costituire società di comodo stabilite negli Stati dove la protezione sociale del lavoro e i livelli retributivi sono meno onerosi o, comunque, ad attuare in altri modi distacchi fraudolenti.

Per prevenire o reprimere gli abusi, che trovano terreno fertile nella scomposizione territoriale del sistema produttivo, l'art. 4, par. 2, della direttiva 71 impegna ora gli Stati membri a predisporre una cooperazione tra le amministrazioni pubbliche competenti per la vigilanza sulle condizioni di lavoro e di occupazione che consista, in particolare: a) nel rispondere alle richieste motivate di informazioni da parte di dette amministrazioni a proposito della cessione temporanea transnazionale di lavoratori; b) nel combattere gli abusi evidenti, o presunti casi di attività transnazionali illegali, quali i casi transfrontalieri di lavoro non dichiarato e lavoro autonomo fittizio legati al distacco.

Se l'amministrazione competente dello Stato membro a partire dal quale il lavoratore è distaccato non è in possesso delle informazioni richieste dall'amministrazione competente dello Stato membro ospitante, dovrà sollecitare tali informazioni presso altre amministrazioni o organismi.

Lo Stato membro ospitante e lo Stato di provenienza sono responsabili del monitoraggio, del controllo e dell'applicazione degli obblighi previsti dalla direttiva e dovranno adottare misure adeguate in caso di sua inosservanza, comprendenti sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

Qualora, a seguito di una valutazione generale effettuata da uno Stato membro, sia accertato che

un'impresa, in modo scorretto o fraudolento, dia l'impressione che la situazione di un lavoratore rientri nell'ambito di applicazione della direttiva, gli Stati membri dovranno fare in modo che lo Stato in questione garantisca che il lavoratore benefici delle disposizioni legislative e dei contratti collettivi pertinenti e che il lavoratore interessato non sia soggetto a condizioni meno favorevoli di quelle applicate ai lavoratori distaccati.

La sanzionabilità penale

La sostituzione della formula della «tariffa minima salariale» con quella della «parità retributiva» apre la prospettiva, di fronte ai più gravi abusi, di affiancare, nel diritto nazionale, alle sanzioni di ordine civilistico ed amministrativo anche quelle penali. In particolare, in questi casi, potrebbe farsi luogo alla configurazione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, introdotto nel codice penale (art. 603-bis) nel 2011, e rimodellato dall'art. 1 L. n. 199/2016, per contrastare il risorgente fenomeno del caporalato.

Uno degli indici di sfruttamento della manodopera da parte di chi la recluta ovvero l'utilizza, l'assume o l'impiega, che deve coesistere con l' approfittarsi dello stato di bisogno dei lavoratori, è infatti «la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palese-

mente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato»: riferimenti alla nozione di «equa retribuzione» che si ricollegano, anche sotto il profilo lessicale, con quella ora introdotta dalle modifiche all'art. 3 della direttiva per quanto attiene alla base giuridica, costituita sia dalla contrattazione collettiva del luogo del distacco che dalle disposizioni legislative nazionali (nella specie, il richiamo al criterio della proporzionalità è espresso nell'art. 36 Cost.).

In questa prospettiva si può affermare che il Parlamento europeo, modificando la direttiva 71, ha «chiuso il cerchio» del contrasto allo sfruttamento transnazionale del lavoro, già indicato come obiettivo dalla direttiva 2009/52, attuata con il D.Lgs. n. 109/2012, con riguardo ai cittadini dei Paesi terzi irregolarmente soggiornanti nell'Unione. Il contrasto a queste violazioni della dignità delle persone e a queste distorsioni della concorrenza ha un fine reso palese dal settimo considerando della direttiva 2014/67: «prevenire, impedire e combattere la violazione e l'elusione delle norme applicabili da parte di imprese che traggono indebito o fraudolento vantaggio dalla libertà di prestazione di servizi sancita nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea». ●