

## **Posting of workers and social dumping**

Professor Dr. Giovanni Orlandini University of Siena

Firenze 12/05/2017

Il tema che mi è stato assegnato è amplissimo. Per delimitare l'ambito del mio intervento, premetto che non mi occuperò del problema del distacco fraudolento, cioè dell'utilizzo abusivo del distacco (né quindi della c.d. direttiva enforcement del 2014), ma delle regole e dei principi di diritto dell'UE che disciplinano il posting genuino; in particolare di come queste regole e principi rendano possibile il dumping salariale da parte di imprese che sfruttano l'esistenza, all'interno del mercato unico, di fortissimi squilibri sul piano del costo del lavoro (basti ricordare che il salario minimo in Luxembourg è 2000 euro in Germania e Francia circa 1500 in tutti i paesi dell'est inferiore a 500 euro, in Romania 322 e in Bulgaria 235). Il problema si pone per i lavoratori distaccati per eseguire un appalto transnazionale (privato o pubblico), perché per i lavoratori distaccati da Agenzie di somministrazione stabilite in altri Stati membri, il diritto dell'UE ammette la parità di trattamento retributivo rispetto ai lavoratori nazionali.

Come noto il distacco transnazionale è regolato dalla direttiva 96/71, oggetto di una proposta di revisione presentata dalla Commissione il 9 marzo 2016. Ma, a monte della direttiva ci sono i principi sui quali si fonda il funzionamento del mercato unico, fissati dal TFUE come interpretato dalla Corte di Giustizia (CG) e, in quanto tali, insuperabili ed ineludibili anche per il futuro legislatore europeo.

In base a questi principi, *sin dalla sentenza Rush Portuguesa del 1990*, la CG ha chiarito che il lavoratore distaccato in uno Stato Membro (SM) da un'impresa stabilita in un altro SM non può rivendicare i diritti garantiti dal principio della libertà di circolazione dei lavoratori (ex art.45 Trattato sul Funzionamento dell'UE), ovvero la garanzia della parità di trattamento rispetto ai lavoratori dello Stato ospitante; questo perché è l'impresa che lo distacca a poter invocare la libertà di prestare servizi in un altro Stato membro (ex art. 56 TFUE). E la parità di trattamento tra lavoratori è un ostacolo all'esercizio di questa libertà, se determina un aggravio del costo del lavoro a causa dei maggiori oneri previsti dalla legislazione e dai contratti collettivi dello Stato dove il distacco è eseguito.

Sempre in base ai principi del mercato unico, ci dice ancora la CG, lo Stato ospitante però può imporre alle imprese straniere il rispetto delle norme di diritto del lavoro interno se ciò è giustificato da ragioni di interesse pubblico/generale (“*overriding reasons of public interest*”) (le c.d. norme di applicazione necessaria/*overriding mandatory provisions*, secondo la definizione del Regolamento Roma I relativo alla legge applicabile ai contratti) e purchè ciò avvenga nel rispetto del principio di non discriminazione e del principio di proporzionalità.

Dunque la possibilità di contrastare efficacemente il dumping è condizionata sia dal principio di non discriminazione, per il quale alle imprese straniere non possono essere imposti obblighi che non gravano su quelle nazionali; sia dal modo con cui si configura e si legge il principio di proporzionalità, per il quale limiti alle libertà economiche sono ammissibili solo adottando le misure strettamente necessarie per perseguire le legittime finalità di interesse generale.

Il principio di proporzionalità offre però un criterio di giudizio tutt’altro che certo e prevedibile e la sua applicazione nel diritto dell’UE può portare agli esiti più vari che dipendono dalla discrezionalità dell’interprete (la Corte di giustizia) e dalle scelte politiche del legislatore europeo che quel principio traduce in norme di diritto derivato.

E’ stata infatti una decisione politica quella di “tradurre” il principio di proporzionalità nelle disposizioni della direttiva 96/71, in particolare nell’art.3 che al paragrafo 1 elenca le norme di protezione minima (*hard core of minimum protection*) che l’impresa straniera deve rispettare nello Stato ospitante, tra le quali include le “tariffe minime salariali (TMS), comprese le maggiorazioni per straordinario” (*minimum rates of pay, including overtime rates*). Nozione dalla quale evidentemente dipende la possibilità per le imprese di attuare il dumping salariale.

A riprova dell’intrinseca elasticità del principio di proporzionalità, la Corte di giustizia nel corso degli anni ha modificato il suo approccio in merito al significato da attribuire alla nozione di TMS. Nelle sentenze Laval e Ruffert la Corte infatti sembrava aver negato la possibilità di includere nelle TMS voci (elementi) retributive superiori alla retribuzione base fissata a livello nazionale o dal contratto collettivo o, eventualmente, dalla legge. Mentre nella sentenza ESA/Ammattilitto del 12 febbraio 2015 (relativa ad un distacco di lavoratori polacchi in Finlandia) –pur senza smentire esplicitamente la sentenza Laval - ha riconosciuto un’ampia libertà agli SM nell’identificare gli elementi costitutivi del salario minimo, ed ha valorizzato il fatto che la stessa direttiva per determinare le TMS rinvia alla legislazione e alla prassi nazionale dello Stato ospitante.

La Corte ha così ammesso che uno Stato possa imporre una determinata struttura contrattuale alle imprese straniere, cioè diversi livelli salariali come previsti dagli inquadramenti dei contratti collettivi di settore, e non un unico minimo standard salariale. Nella nozione di TMS poi non rientrano solo le componenti di base (in Italia, i minimi tabellari), ma possono rientrare altre voci funzionali a garantire la “*protezione sociale del lavoratore*”. Quindi nel caso di specie, un’indennità giornaliera per distacco (*allowance specific to the posting*), un’ indennità per tragitto giornaliero (*compensation for daily travelling time*), oltre alla gratifica per ferie (*holiday pay*).

D’altra parte non rientrano nel computo delle TMS i rimborsi per l’alloggio, il viaggio e i pasti (*allowance rates to cover travel, board and lodging expenses*) né in generale le “maggiorazioni e i supplementi [corrisposte al lavoratore distaccato da proprio datore] a compensazione di un surplus di lavoro o per ore di lavoro in condizioni particolari” (*allowances and supplements provided to the worker for additional work or for work under particular conditions*) (come già precisato nelle sentenze Commissione/Germania e Isbir). Quindi queste voci non possono essere prese in considerazione (compute) nella comparazione tra salario effettivamente erogato al lavoratore distaccato dal proprio datore e salario dovuto in base alla normativa dello Stato ospitante.

La sentenza Ammattilitto sembra garantire agli Stati la possibilità di difendersi dal dumping salariale. In realtà non è così. Non solo perché la CG ribadisce che la libertà degli SM nell’identificare le componenti delle TMS non è assoluta, ma sempre sottoposta al giudizio di proporzionalità. Ma soprattutto perché ciò che è legittimo per la Finlandia, non lo è necessariamente per gli altri SM.

I sistemi di relazioni sindacali degli SM sono diversi tra loro e ciò è causa di molti nodi giuridici, dalla cui soluzione dipende la possibilità o meno di arginare il dumping salariale all’interno dell’UE. Per affrontare questi nodi giuridici è necessario (di nuovo) confrontarsi con i principi di non discriminazione e proporzionalità.

I problemi principali si pongono soprattutto quando non esiste un CC dotato di efficacia generale, il che avviene sempre in quei paesi che (al contrario della Finlandia) non conoscono meccanismi per garantire l’erga omnes. Se infatti un contratto collettivo di un determinato settore non ha efficacia generale (*generally binding*), il principio di non discriminazione impedisce di estenderlo obbligatoriamente alle sole imprese straniere, che quindi restano vincolate alla sola legge.

Per risolvere questo problema la direttiva 96/71 prevede che uno Stato possa far riferimento anche a contratti collettivi che “di fatto” siano comunque rispettati da tutte le imprese nazionali (secondo le modalità previste dall’art.3, par.8); ma in molti ordinamenti si tratta di un onere probatorio difficile da adempiere (quasi una probatio diabolica) e che certo è causa di una grande incertezza nel determinare le TMS nei diversi ordinamenti.

In Italia ad es. con la recente circolare 1/2017 (esplicativa del decreto legislativo n.136/16) l’Ispettorato nazionale del lavoro (organismo del Ministero del lavoro) ha elencato una serie di voci del Contratto nazionale (CCNL), basandosi sulla giurisprudenza della Cassazione per la quale il CCNL rappresenta un parametro vincolante per tutte le imprese (anche per quelle che non lo applicano) per definire il contenuto del diritto all’equa retribuzione sancito dall’art.36 Cost. Ma non è certo che le voci elencate dal Ministero siano tutte riconducibili alla nozione costituzionale di “giusta retribuzione”, anche perché la stessa giurisprudenza della Cassazione non è univoca e talvolta permette deroghe anche per le imprese nazionali. E comunque, anche aderendo all’interpretazione del Ministero, non è garantita la parità di trattamento, perchè nella nozione di “giusta retribuzione” non sono compresi tutti gli elementi della retribuzione previsti dai CCNL.

D’altra parte, la piena parità di trattamento è preclusa dal fatto che le TMS sono quelle definite a livello nazionale (o dalla legge o dai Contratti di settore) e non comprendono le componenti della retribuzione fissate dalla contrattazione decentrata (*territoriale o aziendale*).

Anzi, proprio la contrattazione decentrata rischia di rendere problematica l’applicazione degli stessi minimi fissati a livello nazionale (anche se da contratti erga omnes), nel caso in cui sia ammessa la loro derogabilità. Come ha detto chiaramente la CG nella sentenza Portugaia del 2002, applicando il principio di non discriminazione al sistema di contrattazione collettiva tedesco, imporre il rispetto dei minimi salariali fissati a livello nazionale o territoriale ad un’impresa straniera, quando le imprese nazionali possono stabilire livelli inferiori a livello aziendale, costituisce un’ingiustificata restrizione della libera prestazione dei servizi.

*(“the fact that, in concluding a collective agreement specific to one undertaking, a domestic employer can pay wages lower than the minimum wage laid down in a collective agreement declared to be generally applicable, whilst an employer established in another Member State cannot do so, constitutes an unjustified restriction on the freedom to provide services” .)*

Altri problemi derivano poi da un'interpretazione restrittiva del principio di proporzionalità che, nella sentenza Ruffert, ha portato la Corte ad interpretare rigidamente l'art.3, par. 8 della direttiva ed a negare la possibilità di far riferimento ai contratti collettivi applicati "di fatto" negli SM dove esistono meccanismi per garantire l'erga omnes, anche quando questi meccanismi non sono stati utilizzati. Motivo per cui in Germania, dove non tutti i contratti collettivi sono dichiarati di efficacia generale, molti Lander hanno fissato un salario minimo per legge da applicare ai lavoratori distaccati nell'ambito degli appalti pubblici.

Proprio il caso tedesco evidenzia un ulteriore problema, anch'esso riflesso del principio di proporzionalità: quello degli effetti che nell'applicazione della direttiva 96/71 determina l'esistenza di un salario minimo legale (*statutory minimum wage*). Il rischio è considerare quelle di legge le TMS ai sensi della direttiva 96/71, ritenendo di conseguenza "sproporzionata" l'imposizione dei salari previsti dai Contratti collettivi se di livello superiore. Questo rischio deriva dai principi enunciati nelle sentenze Laval e Ruffert e non mi pare scongiurato né dalla sentenza ESA (perché in Finlandia non solo i contratti hanno efficacia generale, ma non c'è un universal statutory minimum wage) né dalla successiva sentenza Regiopost del 17.11.2015 (sempre relativa ad una legge di un Land tedesco) dove la Corte ha giustificato l'obbligo di rispettare i minimi salariali negli appalti pubblici, solo se questi sono fissati dalla legge e non da contratti collettivi privi di efficacia generale, ed a condizione che nessuna disposizione nazionale preveda un salario di livello inferiore; non smentendo così la sentenza Ruffert.

Queste problematiche non sono risolte dalla proposta di revisione della direttiva 96/71 presentata dalla Commissione, che pur contiene importanti segnali di progresso, proprio in merito al dumping salariale. La Commissione propone di sostituire la nozione di TMS con quella più ampia e omnicomprensiva di "retribuzione", ma senza modificare l'art.3, par. 8 dal quale dipende l'applicazione dei contratti collettivi. In questo modo la Commissione recepisce i principi della sentenza ESA; ma non risolve i problemi che la sentenza lascia aperti.

L'iter legislativo è in corso ed il Parlamento europeo potrebbe approvare emendamenti che lascino agli Stati la decisione in merito al contenuto della retribuzione ed alla scelta dei contratti collettivi da applicare ai lavoratori distaccati (almeno questo propone il draft report del Comitato affari sociali del 2 dicembre scorso). E naturalmente in questo senso vanno gli emendamenti suggeriti dalla CES (ETUC) che mira a restituire alla direttiva il carattere di direttiva sui minimi (*restoring the*

*minimum character*) - riconoscendo esplicitamente il principio del “trattamento più favorevole” per il lavoratori distaccati. Resta però il problema del rispetto del principio di non discriminazione quando mancano contratti di generale applicazione; problema che potrebbe forse essere affrontato considerando legittima l’applicazione di contratti collettivi di settore e territoriale rispettati dalla maggior parte delle imprese nazionali (ad es. almeno l’80 o il 70 %?); oppure prevedendo il rispetto del salario medio applicato dalle imprese in un determinato settore o territorio.

Quanto alle conseguenze del decentramento contrattuale, è evidente che su questo piano vi sia una contraddizione tra le regole sul distacco e le politiche promosse dalle istituzioni dell’UE nell’ambito della governance economica; dal momento che gli SM sono invitati dalla Commissione e dal Consiglio (quando non anche dalla BCE e dal FMI) a decentralizzare la contrattazione collettiva, indebolendo e, in alcuni casi, perfino superando, il Contratto nazionale (di settore). Ovvero (si potrebbe dire) sono invitati a discostarsi dal modello di contrattazione “a la finlandese”, che –secondo la Corte e la stessa Commissione- rende possibile un’efficace difesa dal dumping salariale. In preda ad una sorta di schizofrenia, le istituzioni europee da una parte segnalano agli SM che per difendersi dal dumping salariale senza violare il principio di non discriminazione è necessario avere una struttura contrattuale centralizzata e contratti collettivi erga omnes; dall’altra le stesse istituzioni invitano gli Stati a decentrare la struttura contrattuale, dando più spazio ai contratti aziendali, magari sostituendo il Contratto nazionale con minimi fissati dalla legge. Il che significa, appunto, privare gli SM degli strumenti per contrastare il dumping salariale, favorendo la concorrenza al ribasso tra SM.

Non basta dunque muoversi sul piano del diritto dell’UE, modificando la direttiva sul distacco, se poi a livello nazionale si destrutturano i sistemi di contrattazione collettiva, permettendo così il dumping anche all’interno degli Stati membri. Qualsiasi strategia di difesa dal dumping salariale sul piano sovranazionale (lo dice chiaramente la stessa CG) passa in primo luogo dalla difesa del ruolo del contratto collettivo (di settore) a livello nazionale; e ciò naturalmente implica il superamento delle politiche di austerità.

La contraddizione tra i principi che dovrebbero guidare il processo d’integrazione aumenta considerando che (nella celebre sentenza Laval) la Corte ha negato la possibilità ai sindacati dello Stato ospitante di contrattare liberamente con l’impresa straniera le condizioni di lavoro, perché

ogni pressione operata attraverso il conflitto sindacale sarebbe lesiva della sua libertà economica. Ed in questo modo la Corte ha precluso ogni possibilità di ottenere un'effettiva parità di trattamento attraverso la stipula di contratti aziendali con l'impresa distaccante.

Per superare la dottrina Laval, sarebbe quindi necessario inserire nella direttiva di riforma l'esplicito riconoscimento che i lavoratori ed i sindacati nazionali hanno il diritto di contrattare collettivamente e di scioperare nei confronti delle imprese straniere. Ciò non implicherebbe la messa in discussione del funzionamento del mercato unico, né il cedimento a pulsioni "protezionistiche"; ma richiederebbe solo di interpretare diversamente (e più correttamente) le norme sulle quali il mercato si fonda. La possibilità per le imprese di invocare la libertà di prestazione dei servizi nei confronti del sindacato, cioè per limitare l'esercizio dell'autonomia collettiva, non è infatti prevista dal Trattato, ma è frutto di una discutibile interpretazione "estensiva" della Corte di giustizia dell'art. 56 TFUE, per la quale questa norma avrebbe un "efficacia diretta orizzontale", (horizontal direct effect), cioè sarebbe appunto invocabile anche nei rapporti tra soggetti privati; un'interpretazione per altro incompatibile con il rispetto degli standard internazionali in materia di sciopero (come affermato dal Comitato europeo dei diritti sociali).

Il che conferma come, su questo profilo al pari che sugli altri relativi al distacco, l'adozione di regole che permettano di contrastare efficacemente il dumping salariale dipende solo dalla volontà delle istituzioni europee di muoversi in questo senso, e non da supposti vincoli di sistema. Ma il vero problema è che la volontà delle istituzioni europee riflette quella dei governi nazionali; per cui anche la soluzione di questi problemi dipende in ultima analisi dagli equilibri politici e sociali che nell'immediato futuro prenderanno forma nei diversi SM.

### Appendice (out of time)

Oggetto di una proposta di riforma è anche il regolamento 883/04 sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, forse ancor più rilevante della direttiva 96/71, perché la sua applicazione sino ad oggi ha permesso alle imprese straniere di sfruttare il dumping contributivo, che deriva dai diversi oneri previsti dai sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri e che incide ancora di più di quello salariale sul costo del lavoro dei lavoratori distaccati.

In relazione al distacco, il dibattito sulla proposta di riforma del regolamento 883 si è concentrato sul document A1, cioè sul problema dell'utilizzo fraudolento del distacco per eludere gli obblighi

contributivi del paese ospitante. Ma, se anche questo problema venisse risolto (o per lo meno arginato), resta il fatto che (se il distacco è genuino) l'impresa straniera continuerà a beneficiare della deroga al principio di territorialità prevista dall'art.12 del regolamento, per il quale al lavoratore si applica la legislazione dello Stato d'origine fino a 24 mesi (limite per altro derogabile). In questo caso la logica della norma (ratio legis) è per certi versi opposta rispetto a quella della direttiva 96/71, perchè la deroga al principio di territorialità è concepita nell'interesse dello stesso lavoratore, al fine di evitare frazionamenti della sua posizione contributiva. *Almeno questa è la ratio originaria, tant'è che il fondamento dell'art.12 (come di tutto il regolamento) sta negli art. 45 e 48 TFUE, è cioè funzionale a garantire la libertà di circolazione dei lavoratori (prima e piuttosto che quella dei servizi).* Ovviamente anche in questo caso gli effetti distorsivi (di dumping) della norma si sono manifestati con l'apertura ad est dell'UE, vista l'enorme differenza degli oneri contributivi rispetto alla maggioranza dei paesi dell'ovest. *L'impresa che distacca beneficia doppiamente di questo regime, sia perché può applicare le aliquote più basse previste dalla legislazione del suo paese, sia perché la legge del paese d'origine determina anche la base imponibile (cioè la retribuzione assoggettata a contribuzione); il che permette al datore di non tener conto (nel calcolare i contributi da versare) della più alta retribuzione corrisposta al lavoratore in virtù della direttiva 96/71.*

L' ETUC propone di ridurre il periodo di durata del distacco legittimo, da 24 a 6 mesi. Una proposta che, se accolta, limiterebbe decisamente l'utilizzo fraudolento del distacco. Resterebbe però irrisolto il problema di fondo, della scissione tra retribuzione (per la quale dopo Ammattilitto vale il principio della parità di trattamento con i lavoratori nazionali, almeno per buona parte della retribuzione) e contribuzione (per la quale vale il principio opposto del paese d'origine).

E' possibile superare questa scissione, senza ledere gli interessi degli stessi lavoratori distaccati ed evitando "double burdens" per le imprese, ovviamente non ammissibili?

In teoria la soluzione sarebbe prevedere un obbligo di contribuzione aggiuntiva presso le istituzioni dello Stato ospitante, che parifichi l'onere contributivo dell'impresa straniera rispetto a quelle nazionali. Questa soluzione entrerebbe in contrasto con l'exclusivity rule, cioè il principio generale (sancito dall'art.11 del regolamento 883) per cui un lavoratore può essere soggetto alla legislazione di sicurezza sociale di un solo Stato membro; ma non comporterebbe uno stravolgimento dei principi fondamentali del mercato interno. *Non solo perchè nel settore dell'edilizia, l'iscrizione alle Casse edili (a base convenzionale) si fonda già su principi analoghi, cioè sulla logica della comparazione tra trattamenti (e dei corrispondenti oneri di contribuzione)*



*garantiti dai diversi sistemi nazionali, che può portare all'iscrizione "temporanea e contemporanea" presso i fondi del paese ospitante e d'origine.* Nel caso *Hudzinski and Warwrzyniak* (C-611/10) la Corte ha già ammesso che prestazioni non contributive possano spettare ai lavoratori distaccati che già ne beneficiano nel paese d'origine, se ciò contribuisce a migliorare the living standards of the workers (nel caso si trattava della concessione di family benefits a dei lavoratori polacchi in Germania, che pur avevano diritto a prestazioni del genere in Polonia). Si tratterebbe quindi di estendere questo principio alle prestazioni contributive, il che richiede una più diversa e più ampia giustificazione: che cioè l'imposizione di oneri aggiuntivi per l'impresa è necessaria non solo e non tanto per migliorare i living standard dei lavoratori distaccati, ma per contrastare il dumping sociale tra SM. Cioè occorrerebbe riconoscere che il fine del contrasto al dumping è un legittimo obiettivo di interesse generale per il diritto dell'UE, di per sé sufficiente a giustificare la compressione delle libertà economiche fondamentali.

La Corte questo lo ha già ammesso in linea di principio (proprio nella sentenza *Laval*); solo che le conseguenze pratiche di quest'affermazione sono state poi "neutralizzate" dal principio di proporzionalità, per cui anche il dumping sociale deve essere contrastato in maniera proporzionale, cioè non "troppo". Di nuovo, la questione verte sul modo con cui si intende declinare il principio di proporzionalità. La domanda cui rispondere dunque è: è proporzionata, al fine di contrastare il dumping sociale, l'imposizione di oneri contributivi aggiuntivi alle imprese che distaccano lavoratori in paesi con costo del lavoro più elevato? Io credo si possa ragionevolmente rispondere di sì.