

## Antonio Loffredo

### Datore di lavoro transnazionale e *dumping* sociale nell'Unione europea

**Sommario:** **1.** L'impresa europea tra aziendalizzazione e transnazionalità. **2.** Unicità o pluralità di datori di lavoro nelle direttive UE. **3.** L'abuso delle libertà economiche garantite dal Trattato. **4.** Gli strumenti giuridici UE di lotta contro le *letterbox companies*. **5.** Quali principi e quali regole per il datore di lavoro transfrontaliero.

#### 1. *L'impresa europea tra aziendalizzazione e transnazionalità*

Il diritto del lavoro si è tradizionalmente occupato della parte del contratto che dava il nome a questo ramo dell'ordinamento; tuttavia, anche lo studio dell'impresa, e delle sue articolazioni organizzative giuridicamente rilevanti, è diventata una necessità ineludibile da quando il fenomeno della frammentazione delle organizzazioni si è talmente radicalizzato da determinare una scissione giuridica tra la figura dell'imprenditore e quella del datore di lavoro, scissione che in molte occasioni è avvenuta a struttura produttiva reale invariata. Le frammentazioni sul piano giuridico-formale sono andate, infatti, di pari passo con le concentrazioni operate a livello economico-sostanziale dalle imprese che hanno spesso fatto uso del modello dei gruppi o delle reti d'impresa, attraverso due processi divergenti che hanno approfittato, da un lato, del formalismo di alcune strutture giuridiche riguardanti l'individuazione del datore di lavoro e, dall'altro, della globalizzazione e finanziarizzazione dell'economia mondiale. Uno degli effetti è stato la trasformazione delle imprese da multinazionali in *transnazionali*, volendone riflettere "non solo la crescente messa in ombra di criteri di identificazione su base nazionale, ma anche una nuova capacità delle imprese di passare attraverso vari territori nazionali, in una sorta di indifferenza rispetto a questioni di confini

e di culture nazionali<sup>1</sup>; in altre parole, le aziende hanno iniziato a muoversi in maniera trasversale, quasi liquida, tra i territori nazionali e tra gli ordinamenti, scegliendo quelli preferiti e influenzandone le regole, soprattutto fiscali, previdenziali e lavoristiche.

Questi fenomeni hanno promosso una concorrenza che ha fatto del *dumping* sociale la leva principale di una competizione giocata soprattutto su bassi costi del lavoro e sull'indebolimento della presenza sindacale in azienda. Tuttavia, lo spirito del diritto del lavoro nazionale, fin dalle origini, era stato animato proprio dall'obiettivo opposto, ovvero da quello di evitare la concorrenza al ribasso tra lavoratori<sup>2</sup>; la lotta contro questo tipo di concorrenza, che va a scapito del lavoro, è divenuta poi indifferibile anche a livello europeo perché quel grado di *dumping* che potremmo considerare *funzionale* all'integrazione dei mercati dei paesi economicamente più deboli si è trasformato in elemento principale della concorrenza all'interno dell'UE, fornendo anche facili argomenti alle tesi anti-europeiste dei cd. partiti sovranisti che stanno contribuendo a minare le fondamenta stesse dell'Europa unita. Del resto, non si può negare che l'ampliamento a est dell'UE avvenuto all'inizio di questo millennio sia stato una delle cause principali che hanno contribuito allo sviluppo di questo fenomeno all'interno del mercato comunitario, anche perché si trattò di una scelta sorretta da ragioni politiche in parte aliene agli interessi di molti Stati membri e che, perciò, venne attuata senza le dovute cautele giuridiche ed economiche, che avevano invece accompagnato l'ingresso nella CEE di Spagna, Grecia, Irlanda e Portogallo negli anni '80. In quell'occasione, infatti, l'entrata di paesi con un inferiore livello di sviluppo economico, anche se forse non così lontano da quelli che già ne facevano parte o almeno non tanto quanto quelli entrati nel 2003, venne accompagnato da misure che provarono ad ammortizzarne gli effetti negativi nel mercato e a velocizzarne l'integrazione senza andare a scapito degli elementi sociali: un esempio per tutti fu l'istituzione di un apposito fondo strutturale a loro dedicato e intitolato, significativamente, Fondo di Coesione.

Di questa differente situazione giuridica che si è prodotta nell'UE nel secondo millennio hanno approfittato le imprese transnazionali che, abituate

<sup>1</sup> FERRARESE, *Le imprese multinazionali tra finanza e transnazionalità*, in *RGL*, I, 2018, p. 221.

<sup>2</sup> PERULLI, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, in *LD*, 2016, p. 25 e SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 322/2017, p. 8.

a muoversi senza vincoli negli spazi aperti dalla globalizzazione dell'economia e dalla digitalizzazione del lavoro, hanno utilizzato le istituzioni giuridiche esistenti per poter fare "legalmente" *dumping* sociale.

La transnazionalizzazione delle imprese è, però, inseparabile dal fenomeno della cd. aziendalizzazione del diritto del lavoro<sup>3</sup>, per effetto della quale proprio l'interesse aziendale è giunto a colonizzare quello generale, facendoli coincidere sempre più anche dal punto di vista dogmatico. L'interesse delle imprese, ormai guardate quasi esclusivamente nella loro funzione occupazionale per gli evidenti risvolti di interesse generale per il paese, si è pian piano imposto sugli altri e, giuridicamente, ne ha determinato la trasformazione nel centro di gravità del diritto del lavoro moderno: vista in questa prospettiva, l'aziendalizzazione del diritto del lavoro costituisce effetto diretto della globalizzazione, della perdita di centralità dello Stato e della legge quale sua fonte normativa tipica nella disciplina dei rapporti di lavoro. Ciò ha determinato la quasi totale sostituzione funzionale degli Stati da parte delle aziende transnazionali, trasformatesi in giganti che hanno dominato in maniera quasi monopolistica lo spazio globale<sup>4</sup>, anche quello giuridico, muovendosi verso territori e ordinamenti in cui i diritti dei lavoratori sono meno garantiti<sup>5</sup>, con il costante ricatto di trasferirsi presso altri ancor più convenienti se non vengono accettate le condizioni imposte. La de-statalizzazione della disciplina del rapporto di lavoro ha determinato anche una "de-legalizzazione dell'ordine giuridico del lavoro"<sup>6</sup>, che ha attribuito all'impresa una funzione metagiuridica<sup>7</sup>, trasformandola in un microcosmo ordinamentale che è diventato il baricentro dei rapporti di lavoro anche al di fuori delle proprie mura aziendali, fissando un *benchmark* che ha effetti diretti su tutte le imprese all'interno delle catene di valore (*supply chains*) e su quelle nazionali che con esse entrano in competizione.

L'approccio al tema, allora, non può che essere multilivello e, pertanto, anche quello nazionale non può essere del tutto ignorato, pur se di frequente soccombente in un sistema globalizzato in cui il livello transnazionale finisce

<sup>3</sup> BAVARO, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in *LD*, 2013, p. 213.

<sup>4</sup> REVELLI, *La sinistra sociale*, Bollati Boringhieri, 1997, p. 72.

<sup>5</sup> V. il Rapporto annuale *Doing Business* della Banca Mondiale che classifica le *performances* dei diritti del lavoro dei singoli paesi in base alle regole più o meno liberiste in essi contenute, citato da SUPLOT, *Per una critica del darwinismo normativo*, in *RPS*, 2006, p. 188 ss.

<sup>6</sup> BAVARO, *op. cit.*, p. 213.

<sup>7</sup> TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, 1996.

per imporre le proprie scelte su quello nazionale. Il diritto del lavoro nazionale, in realtà ha spesso semplicemente approfittato dei requisiti dell'imprenditorialità oggetto di studio nel diritto commerciale per individuare la figura datoriale, da sempre "neutra" rispetto alla persona del datore di lavoro<sup>8</sup>; la dottrina commercialistica che si è occupata dell'art. 2082 cod. civ.<sup>9</sup>, e sulla quale si sono basati i giuslavoristi, ha sempre considerato l'organizzazione aziendale<sup>10</sup> e il rischio a proprio carico caratteristiche indefettibili, quasi ontologiche della figura dell'imprenditore. Questi due elementi, però, si sono lentamente erosi nell'ordinamento nazionale: in particolare, com'è noto, il colpo di grazia è stato inferto dall'art. 29 del d.lgs. 276/03 che, pur confermando che l'appalto si deve caratterizzare per la presenza sia dell'assunzione del rischio d'impresa sia di un'organizzazione di mezzi, ha però ammesso che quest'ultima possa risultare anche solamente "dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto". In questo modo si è operata una divaricazione tra la nozione commercialistica d'imprenditore e quella lavoristica di datore di lavoro, difficilmente giustificabile sul piano logico e sistematico. Questo tentativo perseguiva l'evidente obiettivo di ricondurre l'imprenditorialità della prestazione dedotta in contratto nella somministrazione interamente nell'attività di preparazione e di gestione del rapporto di lavoro, ricostruendo la differenza con l'appalto nella circostanza secondo cui l'organizzazione dei mezzi necessaria per poter configurare l'appaltatore come imprenditore genuino fosse ricavabile *in ogni caso* anche dal mero esercizio del potere organizzativo. L'operazione non è stata priva di conseguenze all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale perché ha generalizzato una nozione "leggera" di imprenditore che ha favorito lo sviluppo di prassi abusive a causa della confusione di funzioni datoriali degli imprenditori.

Gli effetti di questa riforma non trovano corrispondenza nell'ordinamento europeo nella misura in cui in quest'ultimo le stesse nozioni di imprenditore e di datore sono estremamente sfuggenti a causa della – scontata – assenza di definizioni di portata generale. Tale assenza emerge con tutta

<sup>8</sup> Per tutti ESPOSITO, GAETA, SANTUCCI, VISCOMI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, vol. I, Giappichelli, 2013, p. 294.

<sup>9</sup> BUONOCORE, *L'impresa*, in BUONOCORE (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale*, Giappichelli, 2002; GRAZIANI MINERVINI, BELVISO, SANTORO, *Manuale di diritto commerciale*, Cedam, 2015, pp. 35 ss.; MINERVINI *L'imprenditore. Fattispecie e statuti senza data*, Morano, 1966;

<sup>10</sup> CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, UTET, vol. II, 2012, p. 25.

evidenza nelle direttive a contenuto lavoristico, in cui l'UE ha dato la sensazione di arrancare dietro ai fenomeni economici. Un rapido *excursus* tra le direttive europee più significative in materia conferma tale impressione: nella direttiva sul trasferimento d'azienda (2001/23), così come nel Regolamento Roma I (n. 593/2008) sull'individuazione della legge applicabile ai contratti, manca qualsiasi definizione di datore di lavoro; nella direttiva in materia d'insolvenza dell'imprenditore (2008/94), l'art. 2 rinvia espressamente al diritto nazionale per quanto riguarda proprio la nozione d'imprenditore; la direttiva 2002/14 sull'informazione e consultazione dei lavoratori offre una definizione tautologica d'impresa, in quanto l'ambito di applicazione della norma riguarda le imprese pubbliche e private che esercitano un'attività economica", facendo così un mero rinvio alle norme nazionali, che però viene arricchita di un taglio lavoristico quando invece definisce il datore di lavoro come la "persona fisica o giuridica che è parte del contratto o rapporto di lavoro, secondo la legislazione e gli usi nazionali".

Unica eccezione positiva è rappresentata dalla direttiva 89/391 in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro che, forse per la rilevanza degli interessi in gioco, ha offerto la nozione più completa, definendo l'imprenditore come "la persona fisica o giuridica titolare di un rapporto di lavoro e che abbia la responsabilità dell'impresa o dell'unità produttiva", utilizzando una miscela di criteri lavoristici e commerciali. Non a caso questa scelta ha permesso al legislatore di estendere la responsabilità in materia di sicurezza anche nei confronti dei lavoratori dell'impresa appaltatrice o somministratrice che prestino servizio nell'azienda, unificando la figura datoriale, almeno a questi fini.

## 2. *Unicità o pluralità di datori di lavoro nelle direttive UE*

La questione dell'unificazione della figura datoriale e dell'individuazione di un soggetto a cui attribuire tali responsabilità è stata affrontata, anche se per una finalità ben più limitata, dalla direttiva 94/45 sui Comitati aziendali europei che, avendo come ambito di applicazione le imprese multinazionali, individua la definizione d'impresa controllante<sup>11</sup> in un gruppo di imprese

<sup>11</sup> Sull'interpretazione in senso "sostanziale" della nozione di controllo, anche se nell'ambito della direttiva sui licenziamenti collettivi, v. DELFINO, "Multinationality with variable geometry" and the EU legal order, in *ILLeJ*, 2019, 1.

facendo riferimento a criteri tipici del diritto commerciale, quali il capitale azionario o il diritto a nominare i membri del Consiglio di amministrazione. Queste regole, proprio per la loro origine mercantile, si soffermano più sulla nozione di imprenditore che su quella di datore ma si muovono nell'ambito giuridico europeo perché si pongono anche la finalità di "avvicinare" i rappresentanti dei lavoratori ai luoghi dove, di fatto, vengono prese le decisioni nelle grandi imprese transnazionali, ovvero al "livello pertinente di direzione e di rappresentanza", come previsto espressamente nel *considerandum* 15 della direttiva di riforma 2009/38; in altre parole, l'obiettivo della direttiva è stato anche quello di fare in modo che le organizzazioni sindacali potessero entrare in contatto con il soggetto che prende le decisioni in un'impresa, che sempre più spesso, appunto, non coincide con il datore di lavoro formale. Non sorprende allora che dalla prassi applicativa<sup>12</sup> sia emerso che una delle funzioni che i comitati aziendali europei hanno esercitato con maggiore frequenza è stata quella dell'individuazione del perimetro dell'impresa di dimensione comunitaria, sottolineando come una delle difficoltà principali che i sindacati hanno incontrato sia stata proprio la ricostruzione della figura datoriale complessa.

Soprattutto nel caso dei gruppi d'impresa, poi, essa è soggetta a un mutamento talmente frequente che, durante la revisione/riforma della direttiva nel 2009, quest'evenienza è stata esplicitamente presa in considerazione al fine di adattare le rappresentanze alle mutate situazioni giuridiche dell'impresa attraverso delle clausole di adeguamento. La direttiva del 1994, infatti, non conteneva disposizioni che contemplassero né la possibilità di un adattamento a cambiamenti strutturali dell'impresa né quella di procedere alla rinegoziazione dell'accordo istitutivo del comitato aziendale europeo in tali circostanze. Dopo la riforma del 2009, invece, tali clausole hanno la possibilità di entrare in gioco quando operazioni di fusione, acquisizione e scissione determinano la necessità di un adeguamento dei comitati aziendali europei esistenti, avendo dato vita a nuove realtà aziendali (essendoci stata cioè una trasformazione del datore di lavoro, per usare una terminologia più giuridica) che rendono l'ambito geografico di applicazione dell'accordo istitutivo del Comitato aziendale europeo non più coincidente con il perimetro aziendale sulla base del quale era stato negoziato il primo accordo.

<sup>12</sup> GUARRIELLO, *Le funzioni negoziali del CAE tra modello normativo e costituzione materiale, prime riflessioni*, in LD, 2005, p. 635.

Anche la Corte di giustizia europea è stata sorprendentemente chiamata in causa sulla direttiva appunto sull'individuazione del datore, in quanto principale obbligato a dare le informazioni non tanto al comitato aziendale europeo quanto alla delegazione speciale di negoziazione in merito alla struttura della società o del gruppo; in altri termini, su chi è e com'è composto il datore di lavoro quando ci si trova di fronte a un'impresa multinazionale. I casi *Bofrost*, *Kuhne & Nagel* e *ADS Anker GmbH* sono emblematici in questo senso.

Nel noto caso *Bofrost*<sup>13</sup> la C. Giust. ha ritenuto che l'obbligo d'informare sussiste anche a carico delle imprese che fanno parte di un gruppo, qualora non sia stato ancora accertato quale sia la direzione centrale. Allo stesso modo, se il gruppo ha una direzione centrale situata al di fuori dell'UE (caso *Kuhne & Nagel*<sup>14</sup>), la responsabilità di trasmettere le informazioni alla delegazione speciale di negoziazione, incombe allora sulla cd. direzione presunta, ovvero sullo stabilimento o impresa del gruppo che impiega il maggior numero di lavoratori in uno Stato membro, alla quale viene riconosciuta la funzione di datore di lavoro a tal fine. Infine, nel caso *ADS Anker GmbH*<sup>15</sup> sia la società capogruppo sia la controllante diretta non avevano comunicato all'impresa del gruppo che aveva ricevuto la richiesta dalla delegazione speciale di negoziazione i dati necessari per poter rispondere: ancora una volta la C. Giust. ha confermato la propria giurisprudenza aggiungendo che l'obbligo contenuto nella direttiva non comprende soltanto il flusso verticale delle informazioni che va dalle imprese ai rappresentanti dei lavoratori ma anche un flusso orizzontale che scorre tra la direzione centrale (o presunta) e le altre imprese del gruppo<sup>16</sup>, per rendere possibile l'attivazione del processo finalizzato alla costituzione del Comitato aziendale europeo da qualsiasi punto dell'arcipelago societario del gruppo e raggiungere, così, l'effetto utile della direttiva.

Queste indicazioni della Corte sono state recepite nella riforma del

<sup>13</sup> Sentenza 29 marzo 2001 (C-62/99).

<sup>14</sup> Sentenza 13 gennaio 2004, (C-440/2000), sulla quale GUARRIELLO, *I comitati aziendali europei alla ricerca di un difficile protagonismo*, in BORDOGNA, PEDERSINI, PROVASI (a cura di), *Lavoro, Mercato, Istituzioni. Scritti in onore di Gian Primo Cella*, FrancoAngeli, 2013, p. 500.

<sup>15</sup> Sentenza 15 luglio 2004 (C-349/201).

<sup>16</sup> ALAIMO, *La nuova direttiva sui Comitati Aziendali Europei: un'occasione per ripensare alla partecipazione dei lavoratori in Italia?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT - 69/2009, p. 10; GUARRIELLO, *op. cit.*, p. 638;

2009 che ha riformulato l'art. 4 nei termini fissati dalle citate pronunce per facilitare l'individuazione di un datore di lavoro reale (o presunto nel caso in cui quello reale sia fuori dalla propria giurisdizione) e ovviare così all'assenza di una nozione generale di datore di lavoro nell'ordinamento europeo.

Ancora in merito alla questione dell'unicità del datore di lavoro nell'ordinamento europeo vale, infine, la pena di segnalare sinteticamente anche la definizione contenuta nel progetto di modifica sostanziale della direttiva 91/533, approvata dal Parlamento Europeo il 16 aprile 2019, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro. La proposta<sup>17</sup> rientra in una delle azioni chiave intraprese dalla Commissione per dare seguito al pilastro europeo dei diritti sociali e, all'art. 2, contiene una definizione di "datore di lavoro" piuttosto sorprendente per lo studioso italiano perché lo qualifica come "una o più persone fisiche o giuridiche che sono direttamente o indirettamente parte di un rapporto di lavoro con un lavoratore", lasciando poi agli Stati membri il compito di individuare quale sia il soggetto da considerare obbligato a fornire le informazioni nelle differenti vicende del rapporto di lavoro. Quest'opzione metodologica, evidentemente, riconosce la possibilità che un lavoratore nello svolgimento della stessa prestazione possa avere più datori di lavoro, ognuno dei quali svolge separatamente una o più tra le funzioni che lo caratterizzano e potrebbe essere obbligato nei confronti del prestatore solo per la "porzione" di subordinazione che lo riguarda, mentre esigenze di certezza del diritto richiederebbero l'individuazione di una figura unica. Essa, pur prendendo spunto dalla separazione dei poteri datoriali derivante dal rapporto triangolare tipico della somministrazione di manodopera disciplinato dalla direttiva 2008/104<sup>18</sup>, sembra anche prendere atto di una discussione dottrinale che si sta sviluppando a livello europeo sulla nozione di datore di lavoro, recuperando una sorta di approccio "funzionalistico"<sup>19</sup>, in verità più adatto agli ordinamenti anglosassoni che a quelli di *civil law*. Infatti, essa anziché utilizzare il classico strumento della responsabilità solidale, che moltiplica i possibili soggetti a cui attribuire l'obbligo<sup>20</sup>, sceglie la strada di

<sup>17</sup> COM(2017)797.

<sup>18</sup> Norma che resta però impregiudicata dalla direttiva.

<sup>19</sup> PRASSL, *The concept of the employer*, Oxford University Press, 2015.

<sup>20</sup> ALLAMPRESE, BORELLI, *C'è trasparenza e trasparenza: gli obblighi di informazione al tempo della gig economy*, in *Diritti&Lavoro flash*, n. 4, 2019, p. 4.

individuare un solo soggetto responsabile, magari anche una “persona fisica o giuridica che non è parte del rapporto di lavoro” (art. 1, § 5), capovolgendo così il tradizionale dibattito italiano e mettendo al centro la figura del datore di lavoro e non la subordinazione del prestatore<sup>21</sup>.

Al di là dell'utilità concreta di questa ricostruzione, non c'è dubbio, però, che essa raccoglie una suggestione interessante, ovvero che essere dipendenti di un'impresa multinazionale, o di altre imprese appartenenti alla filiera, può avere effetti diretti sul rapporto di lavoro, a volte anche oltre il riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato; insomma, oltre che puntare al riconoscimento della natura subordinata del rapporto può talvolta essere anche più significativo per i lavoratori sul piano pratico l'operazione di stabilire l'esistenza di un rapporto di lavoro con il datore di lavoro “sostanziale”, quello dal quale dipendono realmente la continuità e le condizioni del proprio lavoro, invece che con quello formale.

### 3. *L'abuso delle libertà economiche garantite dal Trattato*

Le difficoltà nell'individuazione del datore di lavoro genuino anche nel diritto europeo vengono dimostrate e, in un certo senso, acuite dal fenomeno della proliferazione delle cd. *letterbox companies*: con questo termine si intende fare riferimento a persone giuridiche formalmente registrate presso un paese in cui sono soggette a obblighi fiscali e di legge, direttamente o indirettamente controllate da un'altra non residente nello stesso territorio, dalla quale derivano quasi tutte le attività e le passività. Si tratta, in definitiva, di aziende di comodo utilizzate da imprese transnazionali per diversificare i loro investimenti geograficamente. La loro creazione può essere legata a diversi obiettivi, economici o “giuridici”: nel piano più strettamente economico, esse possono servire come strumento per raccogliere capitali, o per separare attività e passività di bilancio mentre, in quello giuridico, possono fungere da grimaldello per eludere obblighi legali e convenzionali<sup>22</sup>.

Naturalmente, le regole principali che una *letterbox company* cerca di eludere sono da un lato quelle fiscali, dall'altro quelle di diritto del lavoro. Ai

<sup>21</sup> RATTI, *Intorno al/i concetto/i di datore di lavoro*, in *DLRI*, 2016, p. 392.

<sup>22</sup> Sul tema si v. la ricerca ETUC, *A hunter's game: how policy can change spot and sink letterbox type practices*, 2017, in <https://www.etuc.org/publications/hunters-game-how-policy-can-change-spot-and-sink-letterbox-type-practices>.

fini lavoristici, in particolare, essa tende a occultare l'identità del vero datore di lavoro, cioè del soggetto responsabile in materia di retribuzioni, condizioni di lavoro, contributi previdenziali e rapporti con le organizzazioni sindacali, moltiplicando le figure di datori di lavoro fittizie.

Queste imprese sfruttano le differenze normative esistenti sul piano dei diritti societari nazionali all'interno dell'UE, che possono essere grossolanamente suddivisi in due tipologie: da un lato, gli Stati membri che accedono alla teoria della "sede reale", come ad es. Francia, Germania e Italia, che impongono alle imprese requisiti sostanziali minimi per il loro riconoscimento nel territorio<sup>23</sup> quali l'assunzione di personale qualificato o il fatto che il processo decisionale da parte del consiglio di amministrazione si svolga nel proprio paese. Dall'altro, quelli che utilizzano la "teoria dell'incorporazione", in base alla quale un'impresa è ammessa a operare nel territorio una volta che vi si è formalmente registrata; evidentemente è in questi ultimi che proliferano le *letterbox companies*. Ovviamente, le conseguenze negative della loro presenza sono evidenti anche esclusivamente nell'ottica commerciale della creazione del mercato unico perché la loro attività nel territorio promuove una concorrenza sleale tra le imprese che tende a definire il *benchmark* per l'intero settore, favorendo così una competizione al ribasso delle condizioni di lavoro.

Questo fenomeno economico è stato tollerato, se non addirittura promosso, dal diritto europeo e, ancora una volta, il ruolo della C. Giust. è risultato particolarmente incisivo, anche se stavolta si è sviluppato in direzione opposta rispetto a quella segnalata in precedenza nel caso dei comitati aziendali europei, nel quale si era sforzata di promuovere l'unicità del datore di lavoro genuino. In questa tematica la C. Giust. ha apertamente favorito il *dumping* sociale con una costante giurisprudenza che ha voluto dare ragione a chi sostiene che la storia del mercato unico possa essere agevolmente letta come una storia di una costruzione di un contesto giuridico favorevole al *dumping* sociale<sup>24</sup>. Emblematico in questo senso è un passaggio della nota e risalente sentenza *Centros*<sup>25</sup> che, in qualche modo, è stata tra le prime a rico-

<sup>23</sup> BARNARD, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford University Press, 2004, p. 322.

<sup>24</sup> GIUBBONI, ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *DLRI*, 2018, p. 910.

<sup>25</sup> Sulla quale ORLANDINI, *I lavoratori europei nell'impresa orizzontale transnazionale tra regole sociali e di mercato*, in *RGL*, 2009, p. 551.

noscere espressamente legittimità agli ordinamenti giuridici che utilizzano il sistema dell'incorporazione<sup>26</sup> e ha rappresentato una specie di manifesto a favore dello shopping legislativo per le imprese: “il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desidera creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento”<sup>27</sup>. Quest'interpretazione della libertà di stabilimento contenuta nella sentenza *Centros* risulta paradigmatica perché considera “severe” le regole che tendono a evitare la presenza nel proprio territorio di imprese fittizie e rende tale libertà economica praticamente priva di qualsiasi vincolo sistematico, come si è agevolmente visto nelle molte pronunce che l'hanno seguita e che hanno portato con sé l'applicazione del cd. *Gebhard test*<sup>28</sup>: in base a esso, i provvedimenti normativi degli Stati membri in materia sociale devono essere analizzati non solamente verificando l'assenza di discriminazione tra imprese nazionali e straniere ma devono anche essere sottoposti a un test, appunto, di proporzionalità per poter ammettere legittime limitazioni alla libertà d'impresa<sup>29</sup> *tout court*. Questo test, consistente nel valutare la conformità delle misure nazionali al rispetto delle libertà fondamentali economiche delle imprese (ovvero il fatto che non creino alcun tipo di vincolo alla loro attività), ha inciso direttamente su obiettivi e politiche di competenza esclusiva nazionale e ha determinato una riduzione generalizzata delle tutele per il lavoro un po' in tutti gli ordinamenti europei, portandoli a un minimo denominatore comune che si è attestato su un livello sempre più basso<sup>30</sup>.

Al di là dei giudizi di valore sul merito di questa giurisprudenza, non si può negare alla C. Giust. una certa coerenza in questo suo orientamento che, in alcuni casi, è giunto addirittura ad ammettere quasi espressamente la legittimità delle scelte imprenditoriali di costituire *letterbox companies* nell'or-

<sup>26</sup> GIUBBONI, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 912.

<sup>27</sup> Punto 27 della sentenza 9 marzo 1999, *Centros* (C-212/97).

<sup>28</sup> “I provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo” (C. Giust. C-5/94, *Gebhard*, punto 37)

<sup>29</sup> GIUBBONI, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 911.

<sup>30</sup> GARBEN, *The constitutional (im)balance between the “Market” and the “Social” in the European Union*, in *ECLR*, 2017, p. 35.

dinamento UE, come nel più recente caso *Polbud*<sup>31</sup>, nel quale ha sostenuto che “la situazione in cui una società costituita secondo la legislazione di uno Stato membro desidera trasformarsi in una società retta dal diritto di un altro Stato membro, nel rispetto del criterio stabilito dal secondo Stato membro ai fini del collegamento di una società al proprio ordinamento giuridico nazionale, rientra nella libertà di stabilimento, quand’anche detta società svolga l’essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche nel primo Stato membro”<sup>32</sup>.

#### 4. *Gli strumenti giuridici UE di lotta contro le letterbox companies*

Se le *letterbox companies* hanno ricevuto piena cittadinanza nell’UE grazie all’interpretazione degli artt. 49 e 56 TFUE offerta dalla C. Giust., questa giurisprudenza oltre a essere piuttosto discutibile nelle argomentazioni e negli obiettivi sembra porsi anche in contrasto con norme specifiche dell’UE, approvate sotto la spinta di alcuni dei paesi membri di più antica tradizione e delle organizzazioni sindacali europee, che hanno l’espressa finalità di combattere il fenomeno delle *letterbox companies*. Tra esse va segnalata senza dubbio la direttiva *Enforcement*, 2014/67 in materia di distacco transnazionale dei lavoratori perché una delle ragioni principali che avevano portato all’esigenza di integrare il contenuto della direttiva 96/71 era stata proprio la necessità di individuare regole che contrastassero l’utilizzo abusivo del distacco da parte di imprese fittizie create *ad hoc* in altri Stati membri. La direttiva *Enforcement* ha introdotto così criteri per stabilire se l’impresa che distacca i lavoratori sia “genuina”, svolga cioè effettivamente la proprio attività sostanziale nel paese di stabilimento, e non sia stata creata solo per eludere le norme del paese dove il lavoratore effettua la prestazione (magari da sempre) simulando un distacco grazie agli spazi che la normativa europea concede alle imprese per stabilirsi e prestare servizi liberamente in altri Stati membri.

La direttiva riprende quasi fedelmente i criteri contenuti nei regolamenti relativi al regime previdenziale da applicare ai lavoratori distaccati; infatti, l’art. 14.2 del Regolamento 987/09 stabilisce la procedura di applicazione del Regolamento 883/04 sul coordinamento dei sistemi di si-

<sup>31</sup> Sentenza *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, 25 ottobre 2017 (C-106/16).

<sup>32</sup> Punto 38 della sentenza.

curezza sociale e, nel Titolo II che si occupa dell'individuazione della legge applicabile, effettua alcune *precisazioni*. Per quanto riguarda la nozione di lavoratore si sottolinea che si può intendere anche una persona assunta nella prospettiva di tale distacco in un altro Stato membro, purché, immediatamente prima dell'inizio del rapporto di lavoro in questione, la persona interessata fosse già soggetta alla legislazione dello Stato membro in cui il suo datore di lavoro è stabilito. Tuttavia, è il par. 2 quello che interessa di più il tema in oggetto perché spiega come per datore di lavoro “che vi esercita abitualmente le sue attività” si debba intendere colui il quale svolge normalmente attività sostanziali, diverse dalle attività di gestione puramente interna, nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito, tenendo conto di tutti i criteri che caratterizzano l'attività svolta dall'impresa in questione.

L'art. 4.2 della direttiva *Enforcement*, nell'ottica del contrasto al fenomeno citato, aggiunge a tali principi alcuni elementi fattuali esemplificativi: in particolare, la norma insiste sulla necessità dello svolgimento dell'attività economica principale nel territorio, dimostrata anche dalla presenza di un adeguato numero di personale amministrativo, di contratti eseguiti e/o l'ammontare del fatturato nel paese, oppure dal fatto che si tratti del luogo in cui i lavoratori distaccati sono stati assunti e quello da cui sono distaccati.

Inoltre, pur trattandosi di normativa settoriale e, in quanto tale, non generalmente applicabile a tutte le imprese che operano nell'UE, vale la pena di citare brevemente anche quella riguardante il trasporto di merci su strada, paradigmatica per l'analisi del rapporto tra libertà economiche e diritti dei lavoratori sia per la natura specifica della prestazione di questi lavoratori per i quali, non avendo un luogo fisso, è più complessa l'individuazione della legge applicabile al rapporto di lavoro sia perché si tratta di un settore nel quale il distacco intracomunitario è molto frequente, pari quasi al 30% dei lavoratori distaccati nell'UE che rientrerebbero proprio nei trasporti su strada<sup>33</sup>.

L'art. 3.1 lett. a), del Regolamento 1071/09, che stabilisce norme comuni sulle condizioni da rispettare per esercitare l'attività di trasportatore su

<sup>33</sup> Come riconosciuto espressamente dal Considerando 15 della direttiva 2018/957 di riforma della direttiva 96/71 in materia di distacco. La percentuale è ricavata dalla ricerca *Poosh* <http://www.poosh.eu/>, consultabile alla pagina web [https://www.unive.it/pag/14024/?tx\\_news-pi1%5bnews%5d=5890&tx\\_news\\_pi1%5bcontroller%5d=News&tx\\_news\\_pi1%5baction%5d=detail&cHash=873f38ead6c5e38416ff6e547c2c7e82](https://www.unive.it/pag/14024/?tx_news-pi1%5bnews%5d=5890&tx_news_pi1%5bcontroller%5d=News&tx_news_pi1%5baction%5d=detail&cHash=873f38ead6c5e38416ff6e547c2c7e82).

strada, individua quattro criteri per l'accesso alla professione del vettore merci: onorabilità, adeguata idoneità finanziaria, professionale e avere una base stabile ed effettiva in uno Stato membro, con l'obiettivo dichiarato di sradicare le false compagnie di trasporti che si stabiliscono per convenienza negli Stati membri con norme meno protettive per i lavoratori e i sindacati. Inoltre, l'art. 5 specifica i requisiti minimi per poter ritenere sussistente uno stabilimento effettivo nel settore del trasporto di merci su gomma: in base a questa norma, l'azienda deve dimostrare di avere, oltre a un ufficio legale o amministrativo e a un luogo per i veicoli, uno o più veicoli immatricolati o messi in circolazione nel territorio. Nel luogo fissato, l'impresa deve mantenere la contabilità (gestione finanziaria e patrimoniale), pagare le tasse relative alla riscossione di imposte dirette e IVA, effettuare la gestione del personale, conservare i dati sui tempi di guida e di riposo degli autisti e i documenti di spedizione. Come si può agevolmente notare, per quanto queste norme abbiano costituito un'anticipazione, dal punto di vista cronologico, e una specificazione, da quello settoriale, di altri standard normativi che verranno poi fissati dalla direttiva *Enforcement* per tutte le aziende e in ogni settore produttivo, esse creano di fatto una particolare figura di datore di lavoro europeo, con requisiti sostanziali minimi, applicabili solo al settore.

Il rapporto stretto ma complicato tra questa normativa e quella sul distacco è dimostrata, da un lato, dal fatto che l'intera riforma di quest'ultimo nel 2018 abbia espressamente escluso la sua applicazione al settore del trasporto su strada e, dall'altro, è confermato dalla volontà della Commissione di apportare modifiche sostanziali a entrambe le normative quasi in contemporanea, obiettivo non raggiunto solamente perché il cd. pacchetto trasporti è stato bloccato dalla decisa opposizione sindacale su alcuni punti centrali della riforma, soprattutto quelli riguardanti la riforma del cabotaggio e dei tempi di riposo degli autisti<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> La risposta della Federazione Europea dei Trasporti (ETF) alla proposta è stata fin dall'inizio, 31 maggio 2017, molto netta: *the European Commission proposes the temporary exclusion of professional drivers for 3 days from the scope of Directive 96/71/EC. The position of the ETF is clear: any temporary exclusion will not make rules clearer, simpler to apply and more enforceable. This will only postpone by 3 days the application of the minimum wage to drivers carrying out their work on a territory of another Member State, thus leaving an open door to abuses, distortions and unfair competition based on labour cost differentials. The enforcement measures proposed by the European Commission in relation to this posting solution are toothless, compared to the simple and effective solutions proposed by the ETF, among which the early mandatory equipment of all vehicles engaged in international transport with a 'smart' tachograph". "With regards to cabotage: pointless to change the rules without introducing tighter*

Tuttavia, le molteplici norme vigenti che hanno l'esplicito obiettivo di evitare il *dumping* sociale attraverso una lotta contro la proliferazione delle *letterbox companies* soffrono di un intrinseco problema di scarsa applicazione, legato alla mancanza di cooperazione amministrativa tra gli Stati membri, che costituisce una delle premesse essenziali per il loro buon funzionamento. La consapevolezza di quest'ostacolo è provata proprio dai contenuti della direttiva *Enforcement*, la quale ha introdotto specifici obblighi di cooperazione e scambio d'informazioni tra organismi ispettivi di diversi Stati membri, al fine di contrastare abusi da parte delle imprese. Il controllo amministrativo viene, infatti, spesso reso difficile dall'assenza di documenti affidabili e comprensibili per gli ispettori del paese di distacco e dalla difficoltà tecnica che essi possono avere nel sanzionare le imprese straniere per eventuali infrazioni commesse fuori dal proprio territorio di competenza. Più in generale, infatti, il problema che blocca un buon funzionamento del sistema è un'efficace applicazione delle regole esistenti è che, mentre i controlli sui lavoratori vengono effettuati nello Stato ospitante, quelli sull'impresa non possono che avvenire negli Stati di stabilimento, che sono solitamente quelli meno interessati a combattere contro le *letterbox companies*, perché da esse ricevono benefici economici, come il pagamento delle imposte sul territorio, in cambio di quasi nessun fastidio vista la quasi totale assenza di attività concreta nel paese.

Il problema della scarsa cooperazione amministrativa tra Stati membri era evidente ma era stato citato solo superficialmente già nel *Considerando* 12 della direttiva *Enforcement*, che sottolineava come la mancanza del modulo A1, ovvero del “certificato concernente la legislazione applicabile in materia di previdenza sociale di cui al regolamento (CE) n. 883/04 del Parlamento europeo e del Consiglio può indicare che la situazione non può essere qualificata come “distacco temporaneo” in uno Stato membro diverso da quello in cui il lavoratore interessato svolge abitualmente la sua attività nel quadro della prestazione di servizi”. *A contrario*, perciò, si riteneva che fosse sufficiente essere in possesso di suddetto modulo per considerare legittimo il distacco,

*enforcement measures! And this is precisely what the European Commission does, and respectively doesn't do: proposing a new cabotage definition with no additional, stronger enforcement. The problem with the current cabotage rules is the so called 'chain' cabotage, notably the practice whereby hauliers engage in repetitive international journeys (with loads such as pallets, etc.), to then qualify for as many cabotage 'slots' as possible". <http://www.etfroadsectionblog.eu/wp-content/uploads/2017/11/ETF-preliminary-statement-on-mobility-package-posting-and-cabotage-EN.pdf>.*

almeno per gli ispettori del paese di destinazione, elemento formalistico che garantiva una presunzione di regolarità della fattispecie e impediva ogni ulteriore indagine sull'effettiva esistenza e operatività dell'impresa nel paese di stabilimento.

La riforma del distacco del 2018 ha provato a rompere questo circolo vizioso imponendo un più concreto “obbligo di trasmissione d'informazioni” a carico dello Stato d'origine in caso di richiesta dallo Stato di distacco, obbligo sprovvisto però di sanzioni efficaci perché la sua violazione determina solo un'informazione alla Commissione che dovrebbe adottare non meglio specificate “misure adeguate” contro lo Stato di origine che non risultasse collaborativo. Il problema di fondo, infatti, continua a essere l'obbligo per i paesi membri di dover prendere per buone le dichiarazioni contenute nei documenti amministrativi prodotti da altri Stati membri senza possibilità concrete di chiederne una verifica; per questo motivo risulta estremamente interessante il caso *Altun*<sup>35</sup>, nel quale la C. Giust. sembra voler ammettere che lo Stato ospitante, di fronte a chiari elementi di frode o a un'assoluta mancanza di collaborazione da parte dell'ente amministrativo dello Stato di origine, possa disattendere documenti provenienti da un altro Stato membro che non abbia cooperato proficuamente per la via amministrativa. Questa può essere una strada percorribile, a legislazione invariata e stante l'assenza di un efficace apparato sanzionatorio, per superare i limiti intrinseci di questo modello, che sono particolarmente gravi sia per gli aspetti previdenziali sia per quelli riguardanti la verifica della “genuinità” delle imprese distaccanti.

##### 5. *Quali principi e quali regole per il datore di lavoro transfrontaliero*

La storia dell'economia politica del mercato unico è intrecciata a quella della direttiva sul distacco<sup>36</sup> e alla progressiva eterogenesi dei suoi fini; infatti, le regole sulle quali si fondava il funzionamento del mercato UE sembravano assicurare agli Stati membri adeguati strumenti di difesa dalla concorrenza giocata sul costo del lavoro, fino a quando l'aumento di questi fenomeni elusivi ha mostrato come molte imprese siano state quasi “incoraggiate” dall'UE

<sup>35</sup> C. Giust. 6/2/2018, C-359/16.

<sup>36</sup> GIUBBONI, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 910.

a utilizzare il *dumping* sociale come principale strumento di concorrenza, sfruttando i differenziali di tutela derivanti dalle minori garanzie contenute in alcuni ordinamenti nazionali rispetto ad altri.

La contraddizione tra norme liberalizzatrici e norme di tutela si presenta costantemente nel rapporto tra libertà economiche e diritti sociali nell'UE e il tema del distacco dei lavoratori nell'UE (e del *dumping* sociale che a esso si associa) è emblematico perché svela una regolazione dicotomica della mobilità transnazionale del lavoro nel mercato europeo: chi si sposta da uno Stato a un altro in cerca di un impiego (o perché assunto da un datore ivi stabilito) gode della piena parità di trattamento rispetto ai lavoratori nazionali; chi si sposta "all'interno dell'impiego"<sup>37</sup> perché inviato da un datore con sede in altro Stato membro, del quale resta dipendente, può godere solo di tutele minime, previste dalle norme fondamentali di diritto del lavoro al fine di non ostacolare in maniera sproporzionata la libertà economica del proprio datore. Il limite principale di questo secondo corno della mobilità dei lavoratori è che esso sta provocando sempre più spesso movimenti "coattivi" all'interno dell'UE di lavoratori di imprese alla ricerca di maggiori margini di profitto attraverso la riduzione delle tutele del lavoro e sindacali.

La riforma del distacco del 2018 sembra inserirsi a piena regola in questa tendenza regolativa contraddittoria anche se è certamente da apprezzare quanto dichiarato nel Considerando 16, nel quale si afferma che in un "mercato interno veramente integrato e competitivo le imprese competono sulla base di fattori quali la produttività, l'efficienza e il livello d'istruzione e di competenza della forza lavoro, nonché la qualità dei loro beni e servizi nonché il grado di innovazione degli stessi". L'UE sembra, insomma, condannare un mercato in cui la competizione tra le imprese si sviluppi a danno dei lavoratori attraverso fenomeni di *dumping* sociale e, difatti, garantisce un rafforzamento dei diritti sociali, di cui pare volerne evitare la lesione come effetto della mera attuazione della direttiva, attraverso una "clausola di salvaguardia" che tutelerebbe i diritti fondamentali e, in particolare, la libertà sindacale, la contrattazione collettiva e addirittura anche il diritto di sciopero, configurandosi quasi come una sorta di risposta legislativa alla sentenza *Laval*<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> V. ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, 2016, UTET, p. 156.

<sup>38</sup> ALLAMPRESE, BORELLI, ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in *RGL*, 2019, I, p. 134.

Durante l'iter normativo che ha portato alla riforma della direttiva si sono creati, come ormai avviene abitualmente per i progetti in materia sociale, due schieramenti politico-territoriali ben delineati. Da un lato, parte degli Stati occidentali e di più antica tradizione nell'UE richiedevano una più decisa lotta alle *letterbox companies* e al *dumping* sociale al fine di un funzionamento del mercato caratterizzato da una concorrenza leale; dall'altro, molti dei paesi entrati per ultimi nell'UE (insieme ad altri come la Gran Bretagna) hanno, invece, perfino attivato la *yellow card procedure* per arrestarne l'iter<sup>39</sup> e due di essi, l'Ungheria e la Polonia, hanno addirittura fatto ricorso contro la direttiva<sup>40</sup>, una volta approvata. In questa situazione, la Commissione non ha mantenuto una posizione neutrale perché, pur affermando di voler contrastare il *dumping* sociale, non ha proposto misure realmente efficaci per rafforzare la cooperazione orizzontale tra gli Stati membri e, inoltre, non ci ha pensato due volte quando si è trattato di sanzionare normative nazionali che puntavano a un'applicazione del salario minimo in maniera estesa nei fenomeni di mobilità all'interno dell'UE. Infatti, tanto per portare alcuni esempi nuovamente riguardanti il settore dei trasporti su strada, il 16 giugno 2016 la Commissione europea ha avviato una procedura d'infrazione contro Francia e Germania a causa dell'applicazione della loro legislazione sui salari minimi in quest'ambito<sup>41</sup> e il 27 aprile 2017 ne ha avviato un'altra nei confronti dell'Austria: in entrambi i casi, la Commissione ha ritenuto che tali normative limitassero il mercato interno dell'UE in modo sproporzionato<sup>42</sup>.

La ricerca di questo difficile equilibrio ha portato l'ordinamento europeo ad avere un atteggiamento piuttosto schizofrenico, inserendo anche all'interno di una stessa normativa sia regole che tollerano o promuovono il *social dumping* sia regole che avrebbero la funzione di combatterlo, anche se queste ultime trovano sempre serie difficoltà di applicazione (come si è visto *supra*, nel paragrafo precedente). Le libertà economiche si sono trasformate in diritti incompressibili per le imprese che operano nell'UE, ancora una

<sup>39</sup> Si tratta della procedura prevista dal Protocollo n. 2 del Trattato di Lisbona che permette ai Parlamenti nazionali di mettere in dubbio il rispetto del principio di sussidiarietà nel caso concreto e obbliga gli organi legislativi dell'UE a riesaminare il provvedimento, cosa che nel caso concreto non portò a particolari modifiche sostanziali.

<sup>40</sup> Si tratta prima della causa C-620/18 promossa dall'Ungheria e poi della C-626/18 dalla Polonia.

<sup>41</sup> [Http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2101\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2101_en.htm).

<sup>42</sup> [Http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-17-1045\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1045_en.htm).

volta a causa del modo in cui la C. Giust. ha interpretato la direttiva 96/71, ovvero come una normativa sui massimi di tutela per cui, oltre gli standard minimi fissati dalla stessa, è spettato agli Stati il gravoso onere di dimostrare che le norme da applicare alle imprese straniere rispondono ad esigenze di ordine pubblico; tale nozione è stata sottratta alla sovranità statale e la stessa C. Giust. si è attribuita il compito di valutare che con essa non si violi il diritto dell'UE comprimendo eccessivamente le libertà economiche fondamentali. Da questo punto di vista, la giurisprudenza sull'interpretazione della nozione di retribuzione<sup>43</sup>, o meglio di "trattamenti minimi salariali" è stata paradigmatica perché la C. Giust., dal cd. quartetto *Laval* in poi, aveva ritenuto di estendere ai lavoratori distaccati solo la retribuzione minima derivante da legge o da contratto collettivo escludendo ogni altra voce ulteriore rispetto al salario base, anche se introdotta attraverso clausole sociali<sup>44</sup>.

Siccome quest'interpretazione aveva senz'altro favorito il *dumping* sociale attraverso lo sfruttamento degli enormi differenziali salariali presenti nell'UE, la C. Giust. in alcune significative pronunce successive ha cercato di porvi un argine ampliando la nozione di tariffe salariali minime e valorizzando la possibilità che hanno gli Stati membri di includervi altri elementi che tendono alla "protezione sociale" dei lavoratori<sup>45</sup>, giustificandole soprattutto con la necessità di tenere conto del differente costo della vita del paese ospitante<sup>46</sup>. Tuttavia, un'attenta lettura di queste pronunce faceva emergere

<sup>43</sup> Sul tema v. DELFINO, *Salario legale contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, 2019, soprattutto pp. 147 ss.

<sup>44</sup> "Per quanto riguarda gli obblighi salariali che possono essere imposti ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri, si deve ricordare che l'art. 3, n. 1, primo comma, lett. c), della direttiva 96/71 riguarda solo i minimi salariali. Tale disposizione non può pertanto essere invocata per giustificare un obbligo, a carico dei detti prestatori di servizi stranieri, di riconoscere retribuzioni come quelle che, nel presente caso, pretendono di imporre le organizzazioni sindacali convenute nella causa principale nell'ambito del sistema svedese, che non sono retribuzioni minime e non sono del resto determinate secondo le modalità previste in proposito dall'art. 3, nn. 1 e 8, della direttiva" (C. Giust., C-341/05, *Laval*, punto 70).

<sup>45</sup> Secondo la C. Giust. "[...] la direttiva 96/71 non fornisce alcun elemento per definire in modo sostanziale il salario minimo. La definizione di quali siano i suoi elementi costitutivi, per l'applicazione di tale direttiva, rientra pertanto nell'ambito del diritto dello Stato membro interessato, fermo restando solo che tale definizione, come risulta dalla legislazione o dai pertinenti contratti collettivi nazionali o dall'interpretazione che ne danno i giudici nazionali, non può avere l'effetto di ostacolare la libera prestazione dei servizi tra gli Stati membri." (C. Giust., C-522/12, *Isbir*, punto 37).

<sup>46</sup> Per rilevanza, va segnalata la sentenza *Sähköalojen ammattiliitto ry vs Elektrobudowa Spółka*

chiaramente come i giudici di Lussemburgo non avessero attribuito agli Stati membri una libertà assoluta in quest'operazione ma l'avessero sempre sottoposta al principio di proporzionalità e alla condizione che l'ordinamento nazionale garantisca il principio di non discriminazione, attraverso l'efficacia generalizzata del contratto collettivo<sup>47</sup>.

Come anticipato in precedenza, la riforma del 2018 ha in parte accolto le indicazioni provenienti da questa giurisprudenza, sostituendo la nozione di "tariffe minime" contenuta nell'art. 3.1 con quella più ampia ed elastica di "retribuzione", lasciando poi agli Stati il compito di specificare quali elementi della stessa siano da considerare inderogabili anche da parte delle imprese che operano in situazione di distacco intracomunitario, "purché dichiarati di applicazione generale" (art. 3 par. 1), a garanzia appunto del principio di non discriminazione tra imprese. In quest'operazione la norma valorizza particolarmente l'importanza della trasparenza delle regole in materia di retribuzione che devono essere applicate dalle imprese distaccanti. Infatti, l'art. 3, par. 1, c. 4 obbliga gli Stati membri a pubblicare gli elementi costitutivi della retribuzione in un unico sito *web* nazionale da parte del Ministero del lavoro: in questo modo la norma europea tenderebbe a spostare il proprio fuoco dalle tutele minime garantite precedentemente al lavoratore distaccato verso una sorta di principio di parità di trattamento<sup>48</sup>, anche se a geometria variabile.

Ovviamente, sia per la contraddittorietà dei contenuti sia per la genericità della redazione delle norme, la riforma non sembra in grado di risolvere tutti i problemi applicativi che essa ha generato in termini di *dumping* sociale, soprattutto per un ordinamento come quello italiano che deve fare i conti con la limitata efficacia soggettiva del contratto collettivo. Più in generale, poi, né la riforma del distacco né i progetti di riforma in materia di sicurezza sociale operano alcun riferimento alla possibilità di includere nella nozione di retribuzione ai fini del distacco anche i contributi previdenziali che, secondo il Regolamento 883/04 sul coordinamento dei sistemi di sicurezza

*Akcynja*, 18 settembre 2014, C-396/13, commentata da GIUBBONI, *Salario minimo e distacco transnazionale*, in *RGL*, 2015, II, p. 228 e da VENTURI, *La nozione di tariffe minime salariali nel distacco transnazionale*, in *DRI*, pp. 552 ss.

<sup>47</sup> V. soprattutto punti 34 e 40 della sentenza C-396/13 sulla quale ORLANDINI, *Distacco transnazionale e dumping salariale nell'Unione Europea*, in [http://www.europeanrights.eu/public/-commenti/Bronzini2-Relazione\\_Orlandini.pdf](http://www.europeanrights.eu/public/-commenti/Bronzini2-Relazione_Orlandini.pdf), p. 4.

<sup>48</sup> ALLAMPRESE, BORELLI, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 136.

sociale (art. 12.2), rimangono soggetti alla legislazione dello Stato membro di origine per i primi 24 mesi, durata che eccede anche i 12 (derogabili per ulteriori 6 mesi) che, secondo il par. 1 *bis* della riforma del 2018, garantirebbe a tutti i lavoratori distaccati il diritto a tutte le condizioni di lavoro applicate nello Stato membro ospitante, purché ovviamente vincolanti *erga omnes*.

L'aspetto riguardante la contribuzione previdenziale è fondamentale se si vogliono intendere, almeno in parte, le ragioni per le quali le aziende provenienti da territori con costi del lavoro più basso possono determinare sempre situazioni di *dumping* sociale in caso di distacco e, quindi, il fenomeno per cui molte imprese vi si trasferiscono anche solo fittiziamente; infatti, anche quando non violano alcuna regola, e quindi anche nelle rare ipotesi di pagamento integrale dei trattamenti salariali del paese ospitante, per i contributi previdenziali continuano ad applicarsi le regole del paese d'origine, inclusa la base imponibile della contribuzione stessa, determinando un notevole risparmio e un fattore di competizione irragionevole, che fanno ritenere che nella normativa sul distacco transnazionale sia contenuta un'oggettiva tolleranza del *dumping* sociale<sup>49</sup>, in quanto al tema dei contributi previdenziali non si applica mai il principio della *lex loci laboris*.

Invece, i principi contenuti nella direttiva *Enforcement* (nonché quelli della citata normativa in materia di trasporti) costituiscono una specificazione del succitato criterio<sup>50</sup>, rispetto al quale la direttiva sul distacco si pone quale fonte speciale<sup>51</sup>.

L'intreccio tra il Regolamento Roma I (593/08), norma di diritto internazionale privato<sup>52</sup> che contiene questo principio al fine di risolvere la questione riguardante l'individuazione del paese la cui normativa deve regola un rapporto di lavoro con elementi di internazionalità, e la direttiva sul distacco è particolarmente significativo. Tale rapporto tra norma generale e regola speciale non viene messo in discussione dalla riforma della direttiva sul distacco del 2018; infatti, il termine di 12 (più 6) mesi superato il quale il la-

<sup>49</sup> PENNINGS, *European Social Security Law*, Intersentia, 2015, p. 118.

<sup>50</sup> GIUBBONI, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 293.

<sup>51</sup> Considerando 34 del Regolamento Roma I: La norma sul contratto individuale di lavoro non dovrebbe pregiudicare l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del paese di distacco, prevista dalla direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

<sup>52</sup> Sul tema v. CORDELLA, *L'ordine pubblico nel distacco transnazionale dei lavoratori*, in questo numero della rivista.

voratore distaccato non sarebbe più considerato temporaneamente sul territorio dello Stato membro e avrebbe diritto allo stesso trattamento dei lavoratori nazionali, non può di certo costituire una sorta di presunzione di legittimità del distacco per il periodo precedente, perché aprirebbe la porta ad abusi anche maggiori per un periodo di tempo tutt'altro che breve<sup>53</sup>.

L'art. 8 del Regolamento Roma I è norma generale che serve a risolvere il *conflict of laws*<sup>54</sup> e non ne può essere esclusa del tutto l'applicazione da parte di una speciale, come la direttiva sul distacco, se da una verifica empirica dovesse risultare assente nel caso specifico la "temporaneità" della prestazione, elemento necessario per configurare la fattispecie, appunto, come distacco.

Infatti, il conflitto tra diritti sociali e libertà economiche nell'individuazione della legge applicabile è stato a volte temperato proprio dall'applicazione di questo principio contenuto nel Regolamento Roma I; infatti, l'art. 8 di tale Regolamento prevede regole specifiche per il contratto di lavoro tese a tutelare il contraente debole<sup>55</sup>, riconoscendo così l'intrinseca specificità dei contratti di lavoro. In particolare, anche in presenza di una scelta effettuata dalle parti, il lavoratore non può essere privato delle tutele del diritto del lavoro del paese "nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro" (art. 8.2), se più favorevoli: tale elemento risulta essere quello più significativo gerarchicamente tra quelli previsti dall'art. 8, come emerge anche dalla giurisprudenza della C. Giust. che ha individuato, appunto, nella *lex loci laboris* il criterio da preferire nella scelta della legge applicabile.

Questa normativa, così interpretata dalla C. Giust.<sup>56</sup>, può costituire una

<sup>53</sup> ALLAMPRESE, BORELLI, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 140.

<sup>54</sup> MATTEI, SALOMONE, *Conflict of laws e tutela del lavoro nelle imprese multinazionali*, in *RGL*, I, 2018, p. 272.

<sup>55</sup> ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, IT- n. 137/2012* e FOTINOPOULOS, *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, 2006.

<sup>56</sup> Il caso più significativo è senza dubbio *Koelzsch*, C. Giust. 15 marzo 2011, C-29/10, particolarmente interessante perché riguarda proprio l'autista di un camion, il cui contratto di lavoro era stato firmato in Lussemburgo, mentre il lavoratore viveva in Germania e lavorava spesso in Danimarca. Il lavoratore, assunto da una società danese con sede in Lussemburgo, al momento del licenziamento ha contestato l'applicazione del diritto del lavoro lussemburghese ritenendo di dover essere soggetto alla legge tedesca. La C. Giust., investita della questione dal tribunale lussemburghese dopo che quello tedesco si era dichiarato incompetente *ratione loci*, innanzitutto interpreta la Convenzione di Roma (non ancora Regolamento) come una norma che ha l'obiettivo di garantire adeguata protezione al lavoratore<sup>54</sup> e, successivamente, specifica

vera e propria norma di chiusura del sistema perché, a prescindere dall'applicazione delle nuove regole contenute nella direttiva sul distacco, l'intero sistema di tutela del diritto del paese ospitante può essere garantito al lavoratore il cui rapporto contenga elementi di internazionalità, al fine di evitare le prassi elusive che le aporie della normativa sul distacco possono ancora favorire, nonostante gli indubbi passi avanti garantiti dalla recente riforma.

che “qualora le prestazioni lavorative siano eseguite in più di uno Stato membro, il criterio del paese dell'esecuzione abituale del lavoro deve formare oggetto di un'interpretazione ampia ed essere inteso nel senso che si riferisce al luogo in cui o a partire dal quale il lavoratore esercita effettivamente le proprie attività professionali e, in mancanza di un tale centro di affari, al luogo in cui il medesimo svolge la maggior parte delle sue attività”. Viene, insomma, confermato che il luogo dove si esercita abitualmente la prestazione rappresenta il fulcro del sistema di norme di conflitto in materia di contratti di lavoro e che tale criterio si deve applicare in maniera adatta al settore oggetto della controversia. Molto importanti sono, comunque, anche i casi *Voogsgeerd* (C. Giust. 15 dicembre 2011, C-384/10) e *Schlecker* (C. Giust. 12 settembre 2013, C-64/12) che riguardavano imprese che hanno utilizzato la possibilità offerta dal Regolamento di scegliere la legge applicabile al rapporto con la finalità di applicare la legislazione meno protettiva per il lavoratore e la Corte, nella soluzione della controversia, ha applicato il succitato principio dell'art. 8 interpretandolo nella maniera più favorevole alla parte debole del contratto.

Ugualmente significativa nello stesso senso, al fine della definizione della nozione di “luogo in cui il lavoratore svolge prevalentemente la propria attività”, anche se riguardante gli aspetti processuali del rapporto con elementi di internazionalità, disciplinati dal Regolamento *Bruxelles I* n. 44/2001, è la sentenza *Nogueira* nelle cause riunite contro *Ryanair* C-168/16 e C-169/16. Sulla vicenda *Ryanair v. CALVELLINI, FROSECCHI, TUFO*, “*The Ryanair case in the Italian and European framework: who decides the rules of the game?*”, in *WP CSDLE 'Massimo D'Antona'.INT* - 148/2019.

### Abstract

Il saggio affronta le trasformazioni recenti del diritto del lavoro sotto la prospettiva della centralità acquisita dalle imprese transnazionali anche nel piano della regolazione normativa. L'autore cerca di collegare la pluralità della figura datoriale ricavabile dalla disciplina normativa europea in materia lavoristica con l'interpretazione che di essa ha dato la Corte di Giustizia Europea. In particolare, il saggio si sofferma sulla proliferazione delle *letterbox companies* permessa, quando non promossa, dalle istituzioni europee e sulle regole per combattere questo fenomeno e, in generale, la concorrenza tra imprese basata sul *social dumping*.

The essay explores the recent evolution of Labour Law under the perspective of the new relevance acquired by transnational companies even in the field of individual and collective labour regulations. The the Author tries to underline the connection among the fragmentation of businesses, the legal interventions in labour law of the EU and the interpretation of it carried out by the European Court of Justice. In particular, the author focuses on the effects of the rise of letterbox companies in the EU allowed, and sometimes fostered, by European institutions and analyses the existing rules in order to fight against this phenomenon and social dumping in general.

### Key words

Imprese transnazionali, letterbox companies, social dumping, direttiva distacco.

Transnational enterprises, letterbox companies, social dumping, posting directive.