

ADAPT - Scuola di alta formazione sulle relazioni industriali e di lavoro
*Per iscriverti al **Bollettino ADAPT** [clicca qui](#)*
*Per entrare nella **Scuola di ADAPT** e nel progetto **Fabbrica dei talenti***
scrivi a: selezione@adapt.it

Bollettino ADAPT 21 dicembre 2020, n. 47

Delle **cinque argomentazioni** adottate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella sua [pronuncia](#) dell'8 dicembre 2020¹, **per respingere il ricorso** presentato dall'Ungheria per chiedere, in via principale, l'**annullamento** della **direttiva 2018/957**, o, in subordine, la caducazione di alcune sue parti, senza dubbio la più significativa riguarda l'**obliterazione del costo del lavoro quale fattore competitivo delle imprese** che **distacchino** propri **dipendenti** all'interno di una prestazione transnazionale di servizi². E che sia questa la motivazione più significativa della decisione in commento emerge dal contenuto specifico del ragionamento sul punto, anche alla luce delle complessive ragioni del ricorso presentato dall'Ungheria avverso la **direttiva 2018/957**.

Quest'ultima ha introdotto alcuni correttivi alla direttiva 96/71 sul distacco comunitario, nell'ottica di un **rafforzamento della condizione dei lavoratori distaccati quale strumento attuativo della prestazione di servizi** resa in un mercato interno integrato e competitivo, in cui i fattori selettivi a favore di un'impresa in luogo di un'altra riposano sulla produttività, sull'efficienza, sul livello di istruzione e competenza della forza lavoro (considerando 16, direttiva 2018/957). A tal scopo, il nuovo atto normativo comunitario ha:

- sostituito il concetto di **retribuzione** a quello di tariffe minime salariali da assicurare ai lavoratori distaccati per il tempo di loro permanenza nell'ordinamento giuridico straniero;
- garantito ai dipendenti distaccati **condizioni di alloggio** dignitose, se ciò accade per i lavoratori operanti lontano dal proprio abituale luogo di lavoro;
- stabilito un **limite temporale al distacco**, pari a dodici mesi con estensione di ulteriori sei a fronte di una notifica motivata del prestatore di servizi;
- prescritto che nel concetto di retribuzione debbano esser contemplate anche le **indennità** per il **distacco**, che il datore di lavoro deve corrispondere ai propri lavoratori, salvo che tali erogazioni

non si limitino a rimborsare i lavoratori delle spese effettivamente sostenute per il viaggio, il vitto e l'alloggio in un luogo diverso da quello in cui abitualmente operano;

- rinviato la propria **applicazione** al settore del **trasporto su strada** all'entrata in vigore dell'atto modificativo della direttiva 2006/22.

Proprio tali novità introdotte dalla direttiva 2018/957 hanno costituito l'oggetto della domanda subordinata del ricorso presentato dall'Ungheria, il quale si è articolato in **cinque doglianze**.

Come detto, il **terzo** motivo del ricorso ha costituito l'argomento principale della vertenza, sia per l'Ungheria per contestare la direttiva 2018/957, sia per la CGUE per respingere il ricorso. Il motivo di gravame in parola fa leva sulla **presunta violazione dell'articolo 56 TFUE**, che vieta qualsiasi normativa nazionale che, senza alcuna giustificazione oggettiva, ostacoli la libera prestazione di servizi. Nel dettaglio, le ragioni addotte dall'Ungheria a sostegno dei propri rilievi sul punto sono ravvisabili nelle seguenti:

- la sostituzione del concetto di retribuzione rispetto alle tariffe salariali minime paleserebbe la sfiducia verso la capacità dello Stato membro distaccante di coprire il costo della vita dello Stato membro ospitante, oltretutto comprimendo la libera prestazione di servizi e ledendo il lecito vantaggio competitivo del Paese distaccante rispetto ad altri competitors, nei fatti falsando la concorrenza;
- il concetto di retribuzione sarebbe discriminatorio per le imprese distaccanti, esse solo obbligate, a differenza delle imprese stabilmente operanti nel Paese che ospita il distacco, a rispettare tale parametro;
- la direttiva 2018/957 non perseguirebbe lo scopo pur menzionato nel proprio considerando 16, posto che nell'escludere il costo del lavoro dai fattori concorrenziali svilirebbe il ruolo del prezzo del servizio nelle scelte del consumatore;
- l'applicazione di tutte le disposizioni previste dallo Stato membro ospitante in caso di distacco di lunga durata costituirebbe una sproporzionata restrizione alla libera prestazione di servizi, priva di alcuna giustificazione nella tutela dei lavoratori distaccati;
- la futura applicazione della direttiva 2018/957 al settore del trasporto su strada violerebbe

l'articolo 58 TFUE, alla cui stregua la libera prestazione di servizi in detto settore è disciplinata dalle norme *ratione materiae*.

Sul punto, la decisione in commento ha osservato, innanzitutto, che la maggiore tutela retributiva dei lavoratori distaccati, lungi dal costituire sfiducia verso la capacità del salario minimo dello Stato membro ospitante di assicurare un'efficace tutela ai lavoratori distaccati, rientra nella discrezionalità del legislatore comunitario: in particolare, quest'ultimo, nel declinare la prestazione di servizi, ha voluto escludere che il gioco competitivo derivasse dalle differenti condizioni di lavoro ed occupazione applicate alle imprese dei vari Paesi. Pertanto, per raggiungere tale scopo, la **direttiva** impugnata «**procede ad un riequilibrio dei fattori in relazione ai quali le imprese stabilite nei diversi Stati membri possono entrare in concorrenza**, senza tuttavia eliminare l'eventuale vantaggio concorrenziale di cui avrebbero beneficiato i prestatori di servizi di taluni Stati membri, dal momento che (...) **la suddetta direttiva non ha in alcun modo l'effetto di eliminare qualsiasi concorrenza fondata sui costi**», essendo intervenuta soltanto sul costo del lavoro, ma non sugli altri, quali la produttività e l'efficienza (punto 128 sentenza in commento).

In buona sostanza, secondo l'organo giudiziario europeo **l'opzione regolativa del distacco comunitario emersa dalla riforma del 2018 ha eliminato il costo del lavoro dal novero delle cause di maggiore competitività nel mercato unico**, in ragione di una tutela rafforzata dei diritti economico-sociali dei lavoratori.

Né migliore pregio hanno avuto, secondo la CGUE, le doglianze sulla violazione della parità di trattamento e del principio di proporzionalità: nel primo caso, perché tanto i lavoratori distaccati quanto quelli stabiliti nello Stato membro ospitante sono soggetti alle medesime disposizioni in materia di retribuzione; nel secondo, posto che **il considerando 16 della direttiva 2018/957 non mortifica la competizione tra imprese, indirizzandola, semmai, verso fattori diversi dal mero costo del lavoro**. Peraltro, l'introduzione del concetto di retribuzione è funzionale, a giudizio della CGUE, a superare le incertezze interpretative che la nozione di tariffe minime salariali ha creato nel corso degli anni, essendo emerso un sostanziale iato tra l'ampia interpretazione delle tariffe minime salariali resa dalla medesima CGUE³ e la sua applicazione concreta.

Infine, il **regime giuridico applicabile** in caso di **distacco prolungato** è stato considerato **necessario, adeguato e proporzionato** dalla decisione in commento, al fine di **assicurare una maggiore protezione ai lavoratori distaccati**, così come il legislatore comunitario, disciplinando il distacco di lunga durata, ben avrebbe potuto prevedere, come in effetti ha previsto, una disposizione volta a contrastare pratiche elusive del vincolo appena introdotto. Infine, alcuna lesione di sfera di competenza è stata riscontrata dalla Corte nel rinvio applicativo delle nuove disposizioni sul distacco al settore del trasporto, avendo la direttiva 2018/957 esplicitato tale previsione.

Collegata all'esposta doglianza è considerabile anche l'ulteriore - invero, la **prima** in ordine di presentazione - avente ad oggetto la contestazione della **base giuridica** erroneamente scelta a fondamento della direttiva impugnata. Posto che l'obiettivo di quest'ultima consisterebbe nella parità di trattamento dei lavoratori distaccati rispetto a quelli stabilmente operanti nel Paese ricevente il distacco, secondo l'Ungheria la base giuridica di riferimento avrebbe dovuto essere l'articolo 153, paragrafo 2, lettera b, TFUE, e non, come viceversa avvenuto, gli articoli 53, paragrafo 1, e 62, del medesimo Trattato, riferiti alla libera prestazione di servizi. Oltretutto, ha osservato il ricorrente, l'effetto protezionistico della condizione dei lavoratori operato dalla nuova direttiva ostacolerebbe l'obiettivo di aumentare la competitività dell'Unione e la solidarietà tra gli Stati membri. Non da ultimo, l'erronea individuazione della base giuridica della direttiva emergerebbe alla luce dell'atto giuridico comunitario che la direttiva 2018/957 avrebbe modificato, ovvero sia la direttiva 96/71, il cui obiettivo, in ragione delle modifiche ricevute, si riferirebbe soltanto alla tutela dei lavoratori. In altri termini, ha obiettato l'Ungheria, la spiccata preferenza della nuova direttiva per un rafforzamento dei diritti economico-sociali dei lavoratori distaccati avrebbe alterato l'equilibrio su cui si fondava l'atto normativo comunitario emendato - la direttiva 96/71, appunto -, consistente nel contemperamento tra la protezione dei lavoratori distaccati e la garanzia della libera prestazione di servizi.

Nel respingere tale rilievo, la CGUE ha invocato argomentazioni di metodo e di merito. In relazione alle prime, ha posto in rilievo come **per l'individuazione della base giuridica di un atto normativo occorre considerare la finalità, il contenuto ed il contesto giuridico** in cui il medesimo atto si inserisce: così, l'obiettivo della nuova direttiva, nel conciliare due interessi all'apparenza contrapposti, assicura un'equa e leale prestazione di servizi attraverso una maggiore tutela dei diritti dei lavoratori distaccati, posto che la seconda è funzionale alla prima. Per quanto

attiene al contenuto della nuova direttiva, la decisione in commento ha evidenziato come, in conformità al proprio scopo, **la direttiva 2018/957 ponga maggiore attenzione alla tutela dei lavoratori per meglio garantire l'esercizio equo e leale della prestazione di servizi**, senza tuttavia giungere ad un'equiparazione *tout court* tra i lavoratori distaccati e quelli stabilmente operanti nel Paese ricevente il distacco, tendendo, viceversa, ad una graduale applicazione delle condizioni di lavoro ed applicazione dello Stato membro ospitante ai lavoratori distaccati in ragione dell'aumento della durata del distacco. Infine, avendo modificato la direttiva 96/71, la nuova direttiva europea si è correttamente inserita nel contesto giuridico della precedente, considerato che, sin dall'adozione della direttiva 96/71, il legislatore europeo aveva accolto l'esigenza di non limitare i fattori competitivi tra imprese al solo minor costo del lavoro.

Peraltro, proprio alla luce degli allargamenti dell'UE compiuti nel 2004, 2007 e 2013, con conseguente ingresso dei Paesi dell'Est nel mercato unico, e della crisi economica del 2008, la sensibile differenza esistente tra i mercati del lavoro degli ordinamenti riceventi i lavoratori rispetto a quelli dei Paesi distaccanti, ricavabile anche dalla valutazione di impatto che ha accompagnato la proposta di modifica della direttiva 96/71, ha indotto il **diritto positivo** europeo a modificare l'impianto regolatorio del fenomeno (considerando 1 e 4 direttiva 2018/957), **adeguando l'equilibrio fra contrapposte esigenze** di cui alla direttiva 96/71 **in favore di una tutela rafforzata dei diritti dei lavoratori**. Una tale scelta di politica del diritto, ha osservato la Corte, rientra nelle scelte discrezionali del legislatore comunitario, il quale «non può essere privato della possibilità di adeguare tale atto a qualsiasi cambiamento delle circostanze o a qualsiasi evoluzione delle conoscenze» (punto 41 sentenza in commento). Pertanto, ha concluso la CGUE, non solo la direttiva del 2018 poteva fondarsi sulla medesima base giuridica della precedente che pur modificava, quand'anche poteva adeguare ed adattare l'equilibrio concepito dalla direttiva 96/71 alle mutate circostanze ed esigenze, rafforzando i lavoratori per assicurare una prestazione di servizi più equa e leale.

Oltretutto, **l'adeguamento della disciplina del distacco alle mutate esigenze socio-economiche** del contesto in cui l'atto normativo impugnato si è inserito, è funzionale, nello sviluppo argomentativo della Corte, **al perseguimento degli obiettivi trasversali dell'Unione** contemplati nell'articolo 9 TFUE, per il quale «Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un

elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Ne deriva che in tanto l'UE può realizzare in modo effettivo il compito assegnatole dal Trattato, in quanto può avvalersi di strumenti idonei ed efficaci, adottando provvedimenti normativi che favoriscano il conseguimento di tali scopi.

Infine, In relazione ai profili di merito, la decisione in commento non ha condiviso il diverso fondamento giuridico proposto dall'Ungheria - l'articolo 153, paragrafo 2, lettera b, TFUE - sul rilievo per cui la direttiva impugnata non mira ad armonizzare le politiche sociali degli Stati membri, limitandosi, viceversa, a rendere obbligatorie alcune disposizioni dell'ordinamento giuridico ospitante il distacco, nei fatti operando come una legge di conflitto⁴.

Per completezza espositiva, vale la pena analizzare gli ultimi tre motivi di ricorso: con quello che è tecnicamente il **secondo** motivo, l'Ungheria ha lamentato l'inosservanza dell'articolo 153, paragrafo 5, TFUE - che esclude dalla competenza dell'UE la disciplina della retribuzione - ed uno sviamento di potere ad opera della direttiva impugnata, adducendo, da un lato, che il nuovo atto normativo europeo avrebbe nei fatti determinato la retribuzione nell'ambito di una prestazione di servizi e, dall'altro, avendo scelto una base giuridica inadeguata, avrebbe usato il potere per una finalità differente rispetto a quella per cui era previsto.

A riguardo, la decisione in commento ha precisato che, non potendo l'articolo 153 TFUE costituire la base giuridica di adozione della nuova direttiva, quest'ultima non l'avrebbe violato, così come è possibile invocare lo **sviamento di potere soltanto** nell'ipotesi in cui **l'atto normativo comunitario sia stato adottato**, in modo esclusivo o determinante, per **scopi diversi** da quelli per i quali il potere è stato conferito, ovvero per eludere una procedura specifica prevista dal medesimo Trattato: fattispecie, queste, che la decisione in commento non ha ravvisato. Oltretutto, come rilevato anche dall'Avvocato Generale⁵, la direttiva del 2018 non fissa importi retributivi, stabilendo, viceversa, *quale* legge sia applicabile per determinare l'importo della retribuzione da corrispondere ai lavoratori distaccati.

Con il **quarto** ed il **quinto** motivo di ricorso, l'Ungheria ha lamentato, rispettivamente, la **violazione dell'articolo 56 TFUE** sulla libera prestazione di servizi, considerato che non pregiudicherebbe l'esercizio del diritto di sciopero e/o di intraprendere azioni collettive, le quali

viceversa in base alla precedente giurisprudenza della medesima CGUE⁶, ostacolerebbero la libertà fondamentale comunitaria, nonché la **violazione del regolamento cd. Roma I e della certezza e della chiarezza normativa**, non avendo la nuova regolazione comunitaria della retribuzione⁷ natura di norma di conflitto e non offrendo il concetto di retribuzione alcuna certezza giuridica maggiore rispetto al precedente di tariffe minime salariali.

Nel respingere tali argomenti, la CGUE ha precisato che la direttiva 2018/957 non ha costituito una forma di esenzione all'esercizio dei diritti sindacali rispetto al *corpus* giuridico comunitario, avendo semmai stabilito che l'esercizio di detti diritti debba esser valutato alla luce della normativa europea, come peraltro compiuto nella citata sentenza Laval. Altresì, in linea con quanto sostenuto dall'Avvocato Generale⁸, la decisione in commento ha evidenziato che **la direttiva 2018/957 non viola l'articolo 8 del regolamento cd. Roma 1** sulla scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in ragione dell'articolo 23 del predetto regolamento. Alla stregua di quest'ultimo, infatti, **le norme di conflitto sono derogabili ove disposizioni comunitarie regolino le norme applicabili alle obbligazioni negoziali in talune materie**, derivandone che le recenti disposizioni sulla retribuzione e sul distacco di lunga durata costituiscono norme speciali di conflitto di leggi, senza alcuna violazione del regolamento cd. Roma I.

Infine, la CGUE ha osservato come, pur nell'esercizio del potere discrezionale compiuta dal legislatore europeo, la **nozione di retribuzione** così inserita nella nuova direttiva ha rispettato i principi di **certezza e chiarezza del diritto**, avendo rinviato all'ordinamento giuridico di ogni Paese ospitante il distacco per la determinazione del merito di tale concetto.

Alla luce delle argomentazioni addotte nella decisione in commento, pare che il **paradigma liberista** – che, a giudizio di molti studiosi⁹, avrebbe ispirato la normativa comunitaria e, soprattutto, la successiva giurisprudenza della CGUE – per il quale la mera riduzione del costo del lavoro avrebbe reso le imprese comunitarie più competitive sia risultato **non funzionale e persino autolesionista**, essendone emerso, semmai, un effetto collaterale. Se, infatti, la maggiore competitività delle imprese è realizzata nell'erosione dei diritti economici dei lavoratori comunitari, ne deriva che, essendo tali lavoratori anche cittadini dell'UE, a risultare compromesse sono anche le prerogative sociali ed, in generale, l'intero contesto socio-economico comunitario.

In buona sostanza, un mercato unico di lavoratori e cittadini poveri non è di alcuna utilità e convenienza alla crescita ed al benessere collettivo.

Giovanna Carosielli

Funzionario ispettivo ITL Bologna

 @GiovCarosielli

**Il presente contributo è frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non impegna l'Amministrazione di appartenenza.*

¹ Ungheria/Parlamento e Consiglio (C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001).

² In questo senso, anche G. Falasca, *Distacchi, concorrenza illecita sul costo del lavoro*, in *Il Sole24ore* del 09/12/2020.

³ Nella celebre decisione [Sähköalojen ammattiliitto](#) (C-396/13, EU:C:2015:86), su cui D. Venturi, *La nozione di tariffe minime salariali nel distacco transnazionale*, in *DRI* 2015, 2, 552 ss..

⁴ Quest'ultima considerazione è illustrata al punto 84 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale, le cui ulteriori osservazioni sul rigetto del primo motivo di ricorso sono state fatte proprie dalla CGUE. In estrema sintesi, le leggi di conflitto selezionano la disciplina applicabile alla fattispecie cui si riferiscono: esemplificando, l'articolo 8, Regolamento 593/2008 (cd. Roma I), è una norma di conflitto perché individua più leggi applicabili alle obbligazioni contrattuali in ragione del collegamento più stretto esistente tra il caso concreto e la fonte giuridica richiamata. Sulle norme di conflitto, G. Orlandini, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 137/2012, spec. 9 ss..

⁵ Punti 91-97 delle proprie Conclusioni.

⁶ Il riferimento è alla storica sentenza [Laval un Partneri](#) (C-341/05, EU:C:2007:809).

⁷ Articolo 3, paragrafo 1 bis, direttiva 96/71.

⁸ Rispettivamente, punti 194, 196 e 206 delle proprie Conclusioni.

⁹ In questo senso, S. Giubboni, Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro, oggi, in *Europa e diritto privato*, 2015, 2, 493 ss., nonché, più di recente, S. Giubboni, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 3.