



L'individuazione del datore di lavoro nei rapporti transnazionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia

DI CARMINE SANTORO*

Sommario: 1. La disciplina e i principi rilevanti – 2. La sentenza della Corte – 3. La giurisprudenza interna ed eurounitaria sul problema dell'individuazione dell'effettivo datore di lavoro. – 4. Il distacco “transnazionale”. – 5. L'Autorità europea del lavoro. – 6. Note conclusive.

1. La disciplina e i principi rilevanti

Il tema trattato nella sentenza della Corte di Lussemburgo richiede una sintetica premessa, in merito alla disciplina e sui principi del diritto dell'Unione rilevanti nel caso sottoposto all'attenzione del giudice europeo.

Il principio di unicità e di territorialità del regime previdenziale nel diritto interno e in quello sovranazionale

In materia di previdenza sociale, l'ordinamento eurounitario si regge sul fondamentale principio di unicità, il quale stabilisce che un rapporto di lavoro deve essere assoggettato a un solo regime di previdenza (art. 11 del Regolamento n. 883/2004). Come rammenta la Corte nella sentenza in commento, tale principio evita il conflitto tra norme previdenziali di diversi Stati membri, nonché il cumulo di periodi assicurativi sincronici¹.

* Dottore di ricerca dell'Università di Bergamo, Funzionario dell'Ispettorato nazionale del lavoro. Il presente contributo è frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non impegna l'Amministrazione di appartenenza.

¹ Cfr. anche L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2012, 114. Da notare che, in materia tributaria, non si registra analogo principio, non sussistendo formalmente un divieto di doppia imposizione: si veda la giurisprudenza della CGUE, in particolare, Corte giust., sent. 12 maggio 1998, causa C-336/96, *Coniugi Gilly*, ECLI:EU:C:1998:221, pt. 15-16; sent. 14 novembre 2006, causa C-513/04, *Mark Kerckhaert e Beradette Morres*, ECLI:EU:C:2006:713; in dottrina, S. DORIGO, *Doppia imposizione internazionale e diritto dell'unione europea*, in *Rivista Trimestrale di diritto tributario*, 2013, 1, p. 23 ss.

La principale declinazione del principio di unicità menzionato è la regola della territorialità degli obblighi contributivi, secondo cui un lavoratore subordinato è soggetto alla normativa dello Stato membro in cui effettua le proprie prestazioni lavorative (*lex loci laboris*). In particolare, il Regolamento n. 883/2004, che ha sostituito il Regolamento n. 1408/71, stabilisce all'articolo 11, par. 3, lett. a): «una persona che esercita un'attività subordinata o autonoma in uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato membro». L'articolo 12 del Regolamento n. 833 cit., in tema di distacco dei lavoratori (v. *infra*), pone l'opposto principio di personalità dell'obbligo contributivo, secondo cui il lavoratore subordinato che effettua prestazioni in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente le sue attività ed è da questo distaccato, per svolgervi un lavoro per suo conto, in un altro Stato membro, rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i ventiquattro mesi – oltrepassati i quali “rivive” la regola della territorialità – e che lo stesso lavoratore non sia inviato in sostituzione di un'altra persona distaccata.

Nel contesto ordinamentale interno, la disposizione di riferimento della regola della territorialità degli obblighi contributivi è contenuta nell'art. 37 del R.D.L. 4 ottobre 1935, n. 1827, la quale stabilisce che le assicurazioni per l'invalidità e per la vecchiaia, per la tubercolosi e per la disoccupazione involontaria - salve le esclusioni previste dallo stesso decreto - sono obbligatorie per le persone di ambo i sessi e di qualsiasi nazionalità che abbiano compiuto l'età di 15 anni e non superata quella di 65 anni, e che prestino lavoro retribuito alle dipendenze di altri². La giurisprudenza ha, in proposito, stabilito che nel caso di impiego di lavoratori stranieri extracomunitari distaccati in Italia alle dipendenze di una collegata società italiana, quest'ultima è tenuta ai correlativi obblighi contributivi previdenziali e assistenziali ove risulti accertata la sua posizione di effettiva datrice di lavoro, ricevendone le prestazioni con carattere di stabilità e di esclusività, a prescindere dal fatto che gli stessi lavoratori siano sprovvisti della cittadinanza italiana³. È stato anche precisato che il principio di territorialità in parola, di cui è espressione l'art. 37 cit., risponde all'esigenza di ancorare le condizioni del costo del lavoro al principio di parità tra lavoratori e di proteggere il sistema statale da pratiche interne al mercato del lavoro dirette ad alterare al ribasso le dinamiche concorrenziali⁴. La regola della territorialità è applicabile ove risulti accertata la posizione di effettivo datore di lavoro del soggetto italiano presso cui prestano la propria opera i lavoratori stranieri, ricevendone le prestazioni con carattere di stabilità e di esclusività⁵. Come si può notare, la giurisprudenza della Suprema Corte insiste sul carattere dell'effettività quale attributo necessario del datore di lavoro, ai fini di tutela del prestatore previsti dalla legge. Si osserverà che la Corte di giustizia si colloca nella medesima ottica.

Apparenza ed effettività. Il divieto di abuso del diritto

La menzionata *lex loci laboris* entra spesso in conflitto, come il caso sottoposto alla CGUE dimostra, con il regime giuridico prescelto dalle parti (*lex contractus*), il quale nella

² Cfr. Cass., n. 4351/2015, in *Riv. Giur. Lav. prev. soc.*, 2016, p. 90 ss., con nota di E. PETRILLI e bibliografia ivi richiamata; per la prassi amministrativa si veda la circolare INPS n. 41/2008.

³ Cass. civ. Sez. lavoro, Sent 25-09-2012, n. 16244, in *Lav. Giur.*, 2012, 1221, con nota di G. LUDOVICO.

⁴ Cass., 16/03/2018, n. 6601.

⁵ Cass., 21/02/2020, n. 4625.

pratica risulta spesso manifestare un livello di tutela deteriore per i prestatori. Come si vedrà, l'approccio "sostanzialista" della Corte mira proprio a censurare le condotte elusive - perseguite attraverso la nota pratica del *law shopping* - delle finalità di tutela della disciplina sovranazionale, secondo una tendenza da tempo assecondata dai giudici di Lussemburgo nell'esercizio della propria competenza pregiudiziale. In tal senso, è stato osservato che la competenza pregiudiziale della CGUE rappresenta uno strumento fondamentale, oltre che per la sua istituzionale funzione di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto UE, anche per la tutela dei diritti garantiti dalle norme dell'Unione⁶. In materia di lavoro, tale impostazione della Corte è particolarmente significativa, nella prospettiva di tutela del lavoratore quale parte "debole" del rapporto di lavoro e in tale ambito è stata dai giudici UE ampiamente sviluppata⁷. Si deve anche osservare, più in generale, che la Corte ha da tempo conferito particolare rilievo al divieto di abuso del diritto, fino a renderlo principio fondamentale del diritto eurounitario, sebbene tuttora non espressamente codificato. Secondo i giudici di Lussemburgo, l'abuso si verifica quando l'operazione posta in essere dagli interessati non persegue lo scopo tipico del diritto dell'Unione, bensì esclusivamente un vantaggio indebito in termini economici e/o normativi⁸.

In questo quadro, è opinione diffusa in dottrina che il divieto di abuso costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, in ragione dell'opera ermeneutica della CGUE e delle tradizioni giuridiche degli Stati membri⁹.

2. La sentenza della Corte

Il caso

⁶ Cfr. sul punto, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017, p. 325.

⁷ Gli esempi sono numerosi, è qui possibile citarne solo alcuni. In materia di lavoro pubblico, si veda F. CAPOTORTI, *L'Europa dei diritti sociali non tollera la precarizzazione nel settore scolastico italiano: alcune riflessioni sulla sentenza Mascolo e sui suoi riflessi sul piano nazionale*, in *Eurojus*, 14/01/2015, che analizza la giurisprudenza della Corte che, in sede pregiudiziale, ha censurato il ricorso abusivo di contratti a tempo determinato da parte del datore pubblico italiano. In tema di ferie, si rimanda alla giurisprudenza della Corte analizzata da L. TRIA, *La Corte di Giustizia UE sul diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite: nella duplice configurazione di pilastro del diritto sociale dell'Unione e di diritto individuale sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2019, p. 1. Per l'affermazione esplicita, da parte della Corte, della posizione asimmetrica delle parti del rapporto di lavoro, si veda Corte giust., sent. 14 maggio 2019, causa C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) c. Deutsche Bank SAE*, ECLI:EU:C:2019:402, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2019, p. 1076 ss., secondo cui «occorre ricordare che il lavoratore dev'essere considerato la parte debole nel rapporto di lavoro, cosicché è necessario impedire al datore di lavoro di disporre della facoltà di imporgli una restrizione dei suoi diritti» (punto 44).

⁸ Cfr. Corte giust., sent. 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Stärke GmbH*, ECLI:EU:C:2000:695, nonché sent. 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax plc.*, ECLI:EU:C:2006:121.

⁹ A. LENAERTS, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 1121 ss. Sul divieto di abuso del diritto nell'ordinamento europeo, si veda S. MARINAI, *Frode alla legge e abuso del diritto nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 485 ss., il quale osserva, tuttavia, che nella giurisprudenza della Corte di giustizia l'obiettivo di contrastare comportamenti fraudolenti e/o abusivi è spesso contemperato con altri valori, quali quelli collegati alla certezza del diritto ed alla prevedibilità delle soluzioni, che sono stati ritenuti prevalenti in funzione della creazione di uno spazio giudiziario armonizzato e, più in generale, nell'ottica dell'integrazione europea; si veda anche F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, nonché K. E. SØRENSEN, *Abuse of rights in community law: a principle of substance or merely rhetoric?*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 423 ss.. Per un'analisi puntuale del divieto in ambito lavoristico, con particolare riferimento alla giurisprudenza della CGUE, si rimanda a D. VENTURI, *Il distacco transnazionale di lavoratori. Luci e ombre del decreto legislativo n. 136/2016*, 2018, Working Paper ADAPT n. 2, p. 11 ss.

Una società cipriota stipulava, con alcune imprese di trasporti con sede nei Paesi Bassi, convenzioni di gestione del parco veicoli per conto di dette imprese. Detta società stipulava anche contratti di lavoro con autotrasportatori residenti nei Paesi Bassi, nei quali si dichiarava applicabile il diritto del lavoro dell'isola mediterranea.

A quanto risulta dagli atti processuali del giudizio olandese, gli autotrasportatori interessati non hanno mai abitato né lavorato a Cipro. Anche durante l'esecuzione di tali contratti, essi hanno continuato ad abitare nei Paesi Bassi e hanno esercitato, per conto di dette imprese di trasporto, la loro attività in due o più Stati membri, in alcuni casi, anche in uno o più Stati dell'Associazione europea di libero scambio (EFTA). Dalla decisione di rinvio emerge altresì che, durante tale periodo, gli autotrasportatori non esercitavano nei Paesi Bassi una parte sostanziale delle loro attività, mentre addirittura alcuni erano stati, in precedenza, lavoratori subordinati delle stesse imprese di trasporto olandesi.

La cassa di previdenza sociale Paesi Bassi (Svb), interpellata dalla società di Cipro, dichiarava applicabile agli autotrasportatori la legislazione dei Paesi Bassi in materia di previdenza sociale.

L'impresa cipriota e alcuni degli autotrasportatori interessati ricorrevano, avverso le decisioni della Svb, al Tribunale di Amsterdam, il quale respingeva il ricorso. A seguito di tale pronuncia gli interessati proponevano appello dinanzi alla Corte d'appello in materia di previdenza sociale e di funzione pubblica dei Paesi Bassi, che procedeva al rinvio in sede pregiudiziale alla CGUE.

I rilievi del giudice nella richiesta di rinvio pregiudiziale

Il giudice del rinvio, in primo luogo, solleva la questione dell'individuazione dell'effettivo datore di lavoro degli autotrasportatori, ai sensi dei regolamenti n. 1408/71 e n. 883/2004, nonché dei criteri da adottare a tal fine. Il giudice olandese osserva che detti regolamenti non definiscono la nozione di «datore di lavoro», né all'uopo rimandano alle legislazioni nazionali. Tale giudice ritiene, tuttavia, sussistere numerosi elementi che militano a favore di un'interpretazione del diritto dell'Unione nel senso che, in una controversia come quella in questione, la qualità di datore di lavoro degli autotrasportatori debba essere riconosciuta alle imprese di trasporti.

Inoltre, il giudice del rinvio si chiede se i fatti sopra descritti costituiscano un abuso del diritto. A tal riguardo, l'organo giurisdizionale osserva che, nel caso di specie, benché il diritto dell'Unione sancisca la libertà di stabilimento, le imprese di trasporto olandesi e l'impresa cipriota perseguivano manifestamente l'obiettivo comune dell'elusione della legislazione dei Paesi Bassi, creando artificialmente le condizioni che consentissero di trarre vantaggio dal diritto dell'Unione. Nel caso in cui un siffatto abuso fosse constatato, tale giudice si interroga sulle conseguenze che dovrebbero essere tratte per la soluzione della controversia di cui al procedimento principale¹⁰.

¹⁰ Si noti come la Corte abbia in passato risposto a un quesito simile, indicando come conseguenza del comportamento abusivo il ripristino «della situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondato» (sentenza *Halifax plc.*, causa C-255/02, cit.). Coerentemente con tale assunto, la Corte nella fattispecie - come si vedrà nel prosieguo dell'analisi della sentenza - considera reale datore di lavoro l'effettivo utilizzatore delle prestazioni, pretermettendo il datore "contrattuale" quale mero soggetto interposto.

In tale contesto, la Corte d'appello in materia di previdenza sociale e di funzione pubblica dei Paesi Bassi ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le questioni pregiudiziali, che possono sintetizzarsi come segue.

Se, ai sensi delle disposizioni dell'UE menzionate, l'autotrasportatore internazionale dipendente va considerato come facente parte del personale viaggiante:

i) dell'impresa di trasporti che ha assunto l'interessato, che esercita di fatto autorità sull'interessato e sulla quale gravano i costi salariali, oppure

ii) dell'impresa con la quale l'autotrasportatore ha formalmente stipulato un contratto di lavoro e che, secondo gli accordi con l'impresa di trasporti di cui al punto i), ha corrisposto uno stipendio all'interessato e su detto stipendio ha trattenuto contributi nello Stato membro in cui si trova la sede di detta impresa e non nello Stato membro in cui è stabilita l'impresa di trasporti di cui al punto i);

iii) tanto dell'impresa di cui al punto i) quanto dell'impresa di cui al punto ii).

Come conseguenza della prima questione, se debba essere considerato datore di lavoro dell'autotrasportatore internazionale dipendente:

i) l'impresa di trasporti che ha assunto l'interessato, che esercita di fatto l'autorità sull'interessato e sulla quale gravano i costi salariali, oppure

ii) l'impresa con la quale l'autotrasportatore ha formalmente stipulato un contratto di lavoro e che, secondo gli accordi con l'impresa di trasporti di cui al punto i), ha corrisposto uno stipendio all'interessato e su detto stipendio ha trattenuto contributi nello Stato membro in cui si trova la sede di detta impresa e non nello Stato membro in cui è stabilita l'impresa di trasporti di cui al punto i);

iii) tanto l'impresa di cui al punto i) quanto l'impresa di cui al punto ii).

Infine, se i fatti sopra descritti determinino una situazione che configura un abuso del diritto dell'UE. In caso affermativo quali ne siano gli effetti.

La pronuncia

La Corte rammenta, innanzitutto, che le disposizioni del Regolamento 1408/71, nonché quelle del titolo II del Regolamento n. 883/2004, costituiscono un sistema completo e uniforme di norme diretto ad agevolare la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione e a risolvere il conflitto di leggi¹¹. Tali disposizioni mirano, infatti, non solo a evitare l'applicazione simultanea di più normative nazionali, attraverso il principio di unicità sopra indicato, e le complicazioni che possono derivarne, ma anche ad impedire che i soggetti rientranti nel campo di applicazione di uno di tali regolamenti restino senza tutela in materia di previdenza sociale, per mancanza di una normativa cui far ricorso nel loro caso. A tal fine, il diritto UE stabilisce che i lavoratori che si spostano da un Paese membro a un altro, siano soggetti al regime previdenziale di uno solo di questi, in modo da evitare l'applicazione cumulativa di normative nazionali¹². A tal fine, l'articolo 13, § 2, lettera a), Regolamento 1408/71, fissa il principio di

¹¹ Già così Corte giust., sent. 6 febbraio 2018, causa C-359/16, *Procedimento pensale a carico di Altun e a.*, ECLI:EU:C:2018:63.

¹² Corte giust., sent. 10 febbraio 2000, causa C-202/97, *FTS*, ECLI:EU:C:2000:75, pt. 20 e giurisprudenza ivi citata, e sent. 4 ottobre 2012, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe*, causa C-115/11, ECLI:EU:C:2012:606, pt. 29 e giurisprudenza ivi citata.

territorialità degli obblighi contributivi, secondo cui un lavoratore subordinato è soggetto, in materia di previdenza sociale, alla normativa dello Stato membro in cui lavora¹³.

Tale principio, osserva ancora la Corte, è derogato in alcune situazioni particolari, dove la sua applicazione rischierebbe non già di evitare, bensì di creare, tanto per il lavoratore quanto per il datore di lavoro e gli Enti previdenziali, ostacoli amministrativi all'esercizio della libera circolazione delle persone¹⁴. Tra tali situazioni particolari figura quella, di cui, rispettivamente, all'articolo 14, punto 2, del regolamento n. 1408/71 e all'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004, della persona che di norma esercita un'attività subordinata in due o più Stati membri. In particolare, conformemente alla prima disposizione, la persona che fa parte del personale viaggiante di un'impresa che effettua trasporti internazionali di merci su strada e che ha la propria sede nel territorio di uno Stato membro è soggetta alla legislazione di quest'ultimo Stato se, come avviene per gli autotrasportatori in questione, tale persona non è occupata prevalentemente nel territorio dello Stato membro nel quale risiede, nel qual caso sarebbe soggetta alla legislazione del suo Stato membro di residenza.

Quanto alla seconda, essa prevede, alla lettera b), sub i), che la persona che esercita abitualmente un'attività subordinata in due o più Stati membri e che non esercita una parte sostanziale di tale attività nello Stato membro di residenza è soggetta alla legislazione dello Stato membro in cui ha la propria sede legale o il proprio domicilio l'impresa o il datore di lavoro, se è alle dipendenze di un'impresa o di un datore di lavoro. Una persona può rientrare nell'ambito di applicazione di tale articolo 13 solo a condizione che eserciti abitualmente attività significative nel territorio di due o più Stati membri¹⁵. A quanto risulta dagli atti del procedimento, tale condizione è soddisfatta nel caso degli autotrasportatori olandesi.

La Corte conferma il rilievo centrale del giudice *a quo*, secondo cui i regolamenti menzionati non effettuano, al fine della determinazione del significato di “datore di lavoro”, alcun rinvio alle legislazioni o alle prassi nazionali, né del resto contengono una definizione autonoma. I giudici osservano che la necessità di garantire tanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto il principio di uguaglianza comporta che i termini di una disposizione del diritto dell'Unione, non contenente alcun rinvio espresso al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del proprio significato e della propria portata, devono di norma essere oggetto, nell'intera Unione, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuarsi tenendo conto non solo dei termini della medesima, ma anche del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa di cui trattasi¹⁶.

La Corte ritiene essenziale definire la nozione di “datore di lavoro” al fine dell'individuazione della normativa nazionale applicabile in materia di previdenza sociale e di risolvere il conflitto tra le norme previste, rispettivamente, all'articolo 14 del regolamento n. 1408/71 e all'articolo 13 del regolamento n. 883/2004. Inoltre, i giudici osservano che un'interpretazione autonoma di tali nozioni è tanto più essenziale in quanto alla fattispecie è

¹³ Corte giust., sent. 4 ottobre 2012, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe*, causa C-115/11, cit., pt. 30, e giurisprudenza ivi citata.

¹⁴ *Ibid.* pt. 31, e giurisprudenza ivi citata.

¹⁵ V., in tal senso, Corte giust., sent. 13 settembre 2017, causa C-570/15, *X c. Staatssecretaris van Financiën*, ECLI:EU:C:2017:674, pt. 18 e 19.

¹⁶ Corte giust., sent. 19 marzo 2020, causa C-45/19, *Compañía de Tranvías de La Coruña*, ECLI:EU:C:2020:224, pt. 14 e giurisprudenza ivi citata.

applicabile il menzionato principio dell'unicità, secondo cui deve essere designata come applicabile la legislazione di un solo Stato membro.

Per quanto attiene al significato abituale di tali termini, osservano i giudici sovranazionali, occorre sottolineare che, di norma, la relazione tra un «datore di lavoro» e il suo «personale» retribuito implica tra essi l'esistenza di un vincolo di subordinazione¹⁷. A tal fine, la Corte evidenzia un criterio metodologico fondamentale, secondo cui a risoluzione del problema del conflitto di norme, in cui s'inseriscono le nozioni citate, dipende solo dalla situazione obiettiva in cui si trova il lavoratore interessato¹⁸. In tal modo, i giudici di Lussemburgo rilevano che le pattuizioni formali tra le parti non possono condizionare l'individuazione della legge applicabile alle loro condotte, secondo la citata pratica c.d. *law shopping*. In particolare, la Corte precisa che, oltre del tenore letterale dei documenti contrattuali, occorre tener conto di fattori quali le modalità con cui in passato sono stati attuati concretamente i contratti di lavoro fra il datore di lavoro e il lavoratore in questione, le circostanze che hanno accompagnato la conclusione di tali contratti e, più in generale, le caratteristiche e le modalità delle attività svolte dall'impresa interessata, nella misura in cui tali fattori possono chiarire la natura effettiva del lavoro di cui trattasi¹⁹.

Quindi, si deve tener conto della situazione oggettiva in cui si trova il lavoratore dipendente interessato e del complesso delle circostanze del lavoro prestato. In tale contesto, precisa la Corte, se è vero che la conclusione di un contratto di lavoro tra il lavoratore dipendente e un'impresa può essere un indice dell'esistenza di un vincolo di subordinazione tra il primo e la seconda, tale circostanza non può, di per sé, ritenersi decisiva nel senso dell'esistenza di un siffatto vincolo. Infatti, secondo i giudici della CGUE, occorre tener conto non solo delle informazioni formalmente contenute nel contratto di lavoro, ma anche del modo in cui le obbligazioni incombenti tanto al lavoratore quanto all'impresa in questione sono eseguite. Pertanto, a prescindere dal tenore letterale dei documenti contrattuali, dev'essere individuato il soggetto alla cui autorità effettiva è sottoposto il lavoratore, sul quale grava, di fatto, il costo salariale corrispondente e che dispone del potere effettivo di licenziare tale lavoratore.

La Corte rammenta la propria pregressa giurisprudenza, secondo cui l'impresa dalla quale «dipende normalmente» il lavoratore è quella alla cui autorità è sottoposto e una siffatta condizione si deduce dal complesso delle circostanze del lavoro prestato²⁰. In tal senso, la Corte ha stabilito che un'impresa distaccante un lavoratore subordinato sul territorio di un altro Stato membro per effettuarvi un lavoro presso un altro soggetto deve essere ritenuta come l'unico datore di lavoro di tale lavoratore, in particolare tenuto conto della continuità, per tutta la durata

¹⁷ Sul concetto di subordinazione, e sulla sua evoluzione, in ambito sovranazionale si vedano S. GIUBBONI, *La nozione comunitaria di lavoro subordinato*, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da G. AJANI, G.A. BENACCHIO, Torino, 2009, p. 35 ss.; L. NOGLER, *The concept of "subordination" in European and Comparative Law*, Università di Trento, 2009, p. 1 ss.; G. PACELLA, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia europea*, in *Labour Law Issues*, 2020, Vol. 6, No. 1.

¹⁸ V., in tal senso, Corte giust., sent. 4 giugno 2015, causa C-543/13, *Fischer-Lintjens*, ECLI:EU:C:2015:359, pt. 38 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁹ Corte giust., sent. 4 ottobre 2012, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe*, causa C-115/11, ECLI:EU:C:2012:606, pt. 45.

²⁰ V. Corte giust., sent. 5 dicembre 1967, *van der Vecht*, causa 19/67, ECLI:EU:C:1967:49, *Racc.* p. 457, e sent. 10 febbraio 2000, causa C-202/97, *FTS*, ECLI:EU:C:2000:75, pt. 24.

del lavoro, del vincolo di subordinazione tra detto lavoratore e tale datore di lavoro, cosicché si deve ritenere che tale lavoro sia effettuato per tale impresa. La Corte ha precisato che detto vincolo di subordinazione risulta, segnatamente, dal fatto che l'impresa in questione versava la retribuzione e poteva licenziare tale medesimo lavoratore a motivo d'inadempimenti di cui si fosse reso responsabile durante lo svolgimento del lavoro presso l'impresa cliente²¹.

A questo punto, la Corte incentra il ragionamento sugli obiettivi perseguiti dalla disciplina europea. In particolare, l'obiettivo del regolamento n. 1408/71 è di assicurare la libera circolazione dei lavoratori subordinati e autonomi nell'Unione europea, rispettando tuttavia le peculiarità delle legislazioni nazionali in materia di previdenza sociale²². Parimenti, come emerge dai "considerando" 1 e 45, il regolamento n. 883/2004 mira ad assicurare un coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale degli Stati membri, al fine di garantire l'esercizio effettivo della libera circolazione delle persone e contribuire, in tal modo, al miglioramento del livello di vita e delle condizioni di occupazione delle persone che si spostano all'interno dell'Unione²³.

In tale ottica, le norme derogatorie previste nelle disposizioni menzionate mirano a garantire che i lavoratori subordinati svolgenti attività in due o più Stati membri siano sottoposti alla legislazione di uno solo di essi, fissando a tal fine criteri di collegamento che prendono in considerazione la situazione oggettiva di tali lavoratori per agevolare la libera circolazione.

Pertanto, secondo la Corte, un'interpretazione delle nozioni impiegate in tali disposizioni che non tenesse conto della situazione oggettiva del lavoratore subordinato, ma fosse basata unicamente su considerazioni formali, quali la conclusione di un contratto di lavoro, finirebbe per consentire alle imprese di spostare il luogo che deve essere considerato rilevante ai fini della determinazione della legislazione nazionale di previdenza sociale applicabile (*lex contractus*), senza che un siffatto spostamento rientri, in realtà, nell'obiettivo consistente nel garantire l'esercizio effettivo della libera circolazione dei lavoratori.

Inoltre, consentire alle imprese di spostare il luogo che deve essere ritenuto rilevante ai fini della determinazione della legislazione nazionale di previdenza sociale applicabile equivarrebbe a disattendere il fatto che le norme sul conflitto di leggi previste, segnatamente, all'articolo 14, punto 2, del regolamento n. 1408/71 e all'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004 dipendono non dalla libera scelta del lavoratore subordinato, delle imprese o delle autorità nazionali competenti, ma dalla situazione oggettiva in cui si trova il lavoratore.

La Corte osserva, ancora, che gli squilibri tra i vari livelli di tutela previdenziale tra i paesi membri derivano dal mero obiettivo di coordinamento - e non di armonizzazione - delle legislazioni degli Stati membri, perseguito dai regolamenti in materia di previdenza sociale. Tale notazione, non nuova nella giurisprudenza della Corte²⁴, sembra un monito rivolto al Legislatore dell'Unione, affinché siano previsti obiettivi di armonizzazione della legislazione sociale degli Stati membri, proprio al fine di evitare le operazioni di *law shopping*. Secondo i

²¹ In tal senso, Corte giust., sent. 17 dicembre 1970, causa 35/70, *Manpower*, ECLI:EU:C:1970:120, pt. 17, 18 e 20.

²² Cfr., Corte giust., sent. 9 marzo 2006, causa C-493/04, *Piatkowski*, ECLI:EU:C:2006:167, pt. 19.

²³ Corte giust., sent. 13 luglio 2017, causa C-89/16, *Szoja*, ECLI:EU:C:2017:538, pt. 34.

²⁴ In tal senso, Corte giust., sent. 15 gennaio 1986, causa 41/84, *Pinna*, ECLI:EU:C:1986:1, pt. 20, che riferisce l'obiettivo di coordinamento direttamente all'art. 51 del Trattato - ora art. 48 TFUE - nonché sent. 9 marzo 2006, causa C-493/04, *Piatkowski*, ECLI:EU:C:2006:167, pt. 20 e giurisprudenza ivi citata.

giudici, nondimeno, anche il semplice obiettivo di coordinamento rischierebbe di essere pregiudicato se l'interpretazione accolta delle nozioni citate finisse per agevolare la possibilità per le imprese di abusare della normativa dell'Unione al solo scopo di trarre vantaggio dalle differenze esistenti tra i regimi nazionali. In particolare, un siffatto abuso rischierebbe di esercitare una pressione al ribasso sul livello di tutela fornito dai sistemi previdenziali degli Stati membri.

Inoltre, precisano i giudici dell'Unione, interpretare dette nozioni attraverso criteri che mirano a determinare la situazione reale del lavoratore interessato consente di garantire il rispetto del principio di certezza del diritto.

Dalle considerazioni che precedono, a detta della Corte, emerge che, ai fini tanto dell'articolo 14, punto 2, lettera a), del regolamento n. 1408/71 quanto dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), sub i), del regolamento n. 883/2004, si deve affermare che un autotrasportatore internazionale è impiegato non dall'impresa con cui formalmente ha stipulato un contratto di lavoro ma dall'impresa di trasporto che esercita su di esso l'autorità effettiva, sulla quale grava, di fatto, il costo salariale corrispondente e che dispone del potere effettivo di licenziarlo.

Dagli atti processuali nazionali emerge che gli autotrasportatori, i quali hanno sempre conservato la propria residenza nei Paesi Bassi nel corso dei periodi di lavoro, erano stati scelti, prima della conclusione dei contratti di lavoro con l'azienda di Cipro, dalle imprese di trasporto dei Paesi Bassi e hanno esercitato, dopo la conclusione di detti contratti, la propria attività professionale per conto e a rischio di tali imprese di trasporto. Inoltre, osserva sempre la Corte, se è vero che le convenzioni di gestione del parco veicoli stipulate tra dette imprese di trasporto e l'impresa cipriota attribuivano a quest'ultima la gestione delle retribuzioni, in realtà il costo effettivo di tali retribuzioni era assunto dalle prime, mediante corrispettivo versata alla seconda. Ancora, la decisione di un'impresa di trasporto di non ricorrere più ai servizi di un autotrasportatore comportava, di norma, il licenziamento immediato di quest'ultimo da parte dell'impresa cipriota, cosicché risulta che l'impresa di trasporto disponeva del potere effettivo di licenziamento.

Infine, i giudici aggiungono che alcuni autotrasportatori erano, prima della conclusione dei contratti di lavoro con l'azienda di Cipro, già dipendenti delle imprese di trasporto e che, conformemente alle constatazioni effettuate dal giudice del rinvio, «la situazione quotidiana non è cambiata o lo è di poco dopo l'intervento dell'AFMB nella relazione tra gli [autotrasportatori] e [tali imprese]»²⁵, poiché questi ultimi continuano, di fatto, ad essere alla completa disposizione e sottoposti all'autorità di dette imprese.

Secondo i giudici, da quanto sopra osservato discende che gli autotrasportatori abbiano fatto parte, nel corso dei periodi di interesse, del personale delle imprese di trasporto e che abbiano avuto tali imprese come datori di lavoro, ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 14, punto 2, lettera a), di tale primo regolamento e dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), del secondo regolamento, cosicché risulta che la legislazione previdenziale loro applicabile sia quella dei Paesi Bassi.

Pertanto, la conclusione cui perviene la Corte è che «l'articolo 14, punto 2, lettera a), del regolamento n. 1408/71 e l'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), sub i), del regolamento n.

²⁵ Corte giust., sent. 16 luglio 2020, causa C-610/18, *AFMB Ltd. e a.*, ECLI:EU:C:2020:565, pt. 78.

883/2004 devono essere interpretati nel senso che il datore di lavoro di un autotrasportatore internazionale, ai sensi di tali disposizioni, è l'impresa che esercita l'autorità effettiva su tale autotrasportatore, sopporta, di fatto, il costo salariale corrispondente e dispone del potere effettivo di licenziarlo, e non l'impresa con cui detto autotrasportatore ha stipulato un contratto di lavoro e che è formalmente presentata in tale contratto come datore di lavoro di questo stesso autotrasportatore»²⁶.

3. La giurisprudenza interna ed eurounitaria sul problema dell'individuazione dell'effettivo datore di lavoro

La concezione “realistica” del datore di lavoro²⁷, fatta propria dalla sentenza commentata, è riscontrabile anche nella pregressa giurisprudenza della CGUE e, in particolare – oltre in quella citata dalla stessa Corte –, in un orientamento espresso nel diverso contesto del trasferimento di impresa, disciplinato dalla direttiva 2001/23²⁸. Appare interessante menzionare tale orientamento, poiché proprio la differenza del contesto normativo in cui è maturata dimostra l'ampiezza dell'impostazione della Corte sovranazionale.

La questione principale che la Corte ha dovuto affrontare riguardava la nozione di impresa “cedente” e cioè se, in caso di trasferimento di un'impresa ad un'impresa esterna al gruppo cui appartiene la prima, possa essere considerata “cedente” anche l'impresa del gruppo alla quale i lavoratori erano permanentemente assegnati, senza tuttavia essere vincolati a quest'ultima da un contratto di lavoro (“il datore di lavoro non contrattuale”), considerato che vi era nel gruppo un'impresa alla quale i lavoratori interessati erano legati da un contratto di lavoro (“il datore di lavoro contrattuale”). Come si può agevolmente osservare, pur nella diversità di materia, la questione riguarda anche in tal caso, come nella fattispecie sopra esaminata, l'individuazione dell'effettivo datore di lavoro nella dicotomia datore “contrattuale”/datore “non contrattuale”. E la soluzione della Corte è la medesima di quella della pronuncia sopra analizzata. Invero, i giudici europei evidenziano che il cedente, nell'ambito della direttiva, è colui che perde la qualità di datore di lavoro; inoltre, la tutela concessa dalla direttiva ai lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore riguarda i diritti e gli obblighi derivanti per il cedente dall'esistenza, alla data del trasferimento, di “un contratto di lavoro o di un rapporto di lavoro”, mentre non risulta dalla direttiva 2001/23 che tra il contratto di lavoro e il rapporto di lavoro intercorra un nesso di sussidiarietà e che, quindi, in un contesto che prevede una pluralità di datori di lavoro, occorra sistematicamente privilegiare il datore di lavoro contrattuale.

In questo contesto, la Corte afferma che «non è richiesto in tutte le circostanze un vincolo contrattuale con il cedente perché i lavoratori possano beneficiare della tutela prevista dalla direttiva»²⁹.

²⁶ Corte giust., sent. 16 luglio 2020, causa C-610/18, *AFMB Ltd. e a.*, ECLI:EU:C:2020:565, pt. 80.

²⁷ Secondo tale concezione, il datore di lavoro deve essere individuato in colui che utilizza effettivamente le prestazioni lavorative e non in colui che stipula il contratto di lavoro. Sulla concezione realistica del datore di lavoro, si veda M. BIASI, *La concezione realistica del datore di lavoro nei gruppi di imprese e il principio di prevalenza del datore di lavoro “effettivo” sul datore di lavoro “apparente”*, in *D&L* 2012, p. 711.

²⁸ Corte giust., sent. 21 ottobre 2010, causa C-242/09, *Albron Catering BV c. FNV Bondgenoten e John Roest*, ECLI:EU:C:2010:625, in *Foro it.*, 2010, VI, p. 323, con nota di RICCI. Per una illustrazione esaustiva della sentenza si rimanda a R. COSIO, *Il diritto del lavoro nell'ordinamento complesso*, in *Europeanrights.eu.*, 6.

²⁹ Corte giust., sent. 16 luglio 2020, causa C-610/18, cit., pt. 24.

Ne deriva che la posizione del datore di lavoro contrattuale non è, ai fini della determinazione della persona del cedente, atta a prevalere «sistematicamente sulla posizione del datore di lavoro non contrattuale che sia responsabile di detta attività»³⁰. Pertanto, secondo i giudici dell'Unione, se, in seno ad un gruppo di società, coesistono due datori di lavoro, uno avente rapporti contrattuali con i lavoratori di detto gruppo e l'altro avente rapporti non contrattuali con essi, può essere considerato «cedente» ai sensi della direttiva 2001/23 anche il datore di lavoro responsabile dell'attività economica dell'entità trasferita che, a tale titolo, stabilisce rapporti di lavoro con i lavoratori di tale entità, nonostante l'assenza di rapporti contrattuali con i lavoratori in parola.

La conclusione della CGUE è che, in caso di trasferimento, ai sensi della direttiva 2001/23, di un'impresa appartenente ad un gruppo ad un'impresa esterna al gruppo, può essere considerata «cedente», ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. a), di detta direttiva, anche l'impresa del gruppo cui i lavoratori erano permanentemente assegnati senza essere tuttavia vincolati ad essa da un contratto di lavoro, sebbene vi sia in seno al gruppo un'impresa alla quale i lavoratori interessati erano vincolati da siffatto contratto di lavoro. La prospettiva della Corte è, anche in tal caso, quella di evitare condotte elusive delle disposizioni e degli obiettivi di tutela dei lavoratori perseguiti dalla direttiva.

La giurisprudenza della CGUE finora analizzata trova notevoli risponderenze nella giurisprudenza nazionale, che asseconda la medesima concezione realistica, o sostanziale, del datore di lavoro. Appare oltremodo interessante, a questo proposito, notare le consonanze principalmente con talune decisioni della Suprema Corte di Cassazione.

Secondo una, peraltro non recente, pronuncia delle Sezioni unite la detta concezione realistica del datore di lavoro trova riscontro in una «vasta corrente dottrinale e giurisprudenziale volta a svalutare la funzione del contratto individuale di lavoro e la formale conclusione dello stesso - quale fonte regolatrice del rapporto di lavoro - devolvendo in buona misura la disciplina dello stesso a fonti extraneoziali ed alla legge sino a pervenire alla conseguenza di individuare l'effettivo datore di lavoro attraverso una sostituzione di quello indicato dalle parti mediante la manifestazione della loro volontà contrattuale - con quello che in concreto si giova dell'opera del prestatore. In altri termini, come si è puntualmente evidenziato, al fine di evitare ai danni del lavoratore un trattamento (sia sotto il versante economico che sotto quello normativo) ingiusto perché non corrispondente alle prestazioni rese e non parametrato sulla reale inserzione delle sue prestazioni nell'organizzazione produttiva dell'impresa, il legislatore si è attenuto al principio secondo cui il vero datore di lavoro è quello che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative anche se i lavoratori sono stati formalmente assunti da un altro (datore apparente) e prescindendosi da ogni indagine (che tra l'altro risulterebbe particolarmente difficoltosa) sull'esistenza di accordi fraudolenti (tra interponente ed interposto)»³¹. Come si può agevolmente notare, le affinità argomentative con la pronuncia della CGUE sopra illustrata non potrebbero essere più evidenti.

Anche una più recente sentenza della Cassazione, stavolta della sezione lavoro, aderisce all'impostazione sostanzialista. Secondo questa decisione, resa in un ambito fattuale in cui

³⁰ Corte giust., sent. 16 luglio 2020, causa C-610/18, cit., pt. 29.

³¹ Cass. S.U., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Guida al lav.*, 2006, 45, p. 17 ss. In merito si veda anche R. COSIO, *op. cit.*, p. 6 ss.

risultava applicabile l'abrogata legge n. 1369/1960 in tema di intermediazione e interposizione di manodopera, «Al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge (od elaborate in via giurisprudenziale, come nel caso di distacco all'interno del rapporto di lavoro privato) e anche a prescindere dalla L. n. 1369 del 1960, art. 1 già soltanto ex art. 2094 c.c. non è consentito separare la titolarità *ex parte datoris* del rapporto di lavoro dal soggetto che in concreto ha utilizzato e diretto la prestazione del lavoratore»³². Quindi, secondo questo orientamento di legittimità, la regola è costituita dalla necessaria coincidenza soggettiva tra datore di lavoro e utilizzatore delle prestazioni lavorative, salve le eccezioni previste dalla legge, relativamente alla somministrazione (art. 30 del D.lgs. 151/2015) e al distacco (art. 30 D.lgs. n. 276/2003).

Va anche notato come la prospettiva metodologica antiabusiva in cui si pongono i giudici sovranazionali, in riferimento al ridimensionamento della volontà contrattuale delle parti, sia analoga a quella adottata dal consolidato orientamento giurisprudenziale interno delle Supreme Corti, Costituzionale e di Cassazione, in un altro ambito tematico dei rapporti di lavoro, quello della qualificazione. E' stato al riguardo affermato che circa l'elemento della volontà delle parti, la materia della qualificazione del rapporto di lavoro configuri una questione che è sottratta alla disponibilità delle parti ed alla stessa discrezionalità del legislatore (in quanto costituente premessa per l'applicazione di disciplina essenzialmente inderogabile, anche a carattere costituzionale); perciò la medesima qualificazione va risolta, più che in base al *nomen iuris* conferito dalle parti al rapporto, in base all'effettiva natura del rapporto, alla stregua delle concrete modalità con cui si svolge la prestazione, nei termini sopra indicati (tra le tante Cass., 23 marzo 2017, n. 7526)³³. Inoltre, la Corte Cost. ha affermato più volte (sentenze n.115/1994; n.121/1993) come ai fini della individuazione della subordinazione conti semplicemente il lavoro svolto di fatto; posto che «non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato. A maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato. I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia, infatti, sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti. Affinché sia salvaguardato il loro carattere precettivo e fondamentale, essi debbono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti.

³² Cass., Sez. lavoro, Sent., 04-11-2011, n. 22894.

³³ Sul tema della qualificazione del rapporto di lavoro e il principio di indisponibilità del tipo, la letteratura lavoristica è sterminata. Senza pretesa alcuna di esaustività, si indicano M. PERSIANI, *Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro*, in R. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006; A. AVONDOLA, *L'indisponibilità del tipo contrattuale in sede legislativa nella nostra giurisprudenza costituzionale e in quella comunitaria*, in *Riv. It. dir. lav.* 2007, p. 242 ss.; E.R. ESTEVE, *La nozione di lavoro subordinato nel diritto comunitario e nel diritto nazionale*, in *Dir. lav. merc.*, 2004, p. 63 ss.; tra i più recenti, A. LEPORE, *Gli indici giurisprudenziali di identificazione della fattispecie lavoro subordinato*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di) *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2017, p. 61 ss.; R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 282/2015.

Pertanto, allorquando il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento - eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il *nomen juris* enunciato - siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile».

Come si può chiaramente constatare, anche questo indirizzo è improntato alla tutela dei diritti del prestatore di lavoro, attraverso l'indagine sui reali rapporti tra le parti, al di là di qualificazioni che corrispondono alla relativa volontà spesso solo apparentemente.

4. Il distacco “transnazionale”

Appare utile una breve illustrazione della disciplina del distacco dei prestatori nell'ambito di una prestazione di servizi (c.d. distacco “transnazionale”), giacché detta disciplina risponde alla stessa logica, sopra illustrata, della ricerca dell'effettivo datore di lavoro in funzione antielusiva e protettiva dei lavoratori³⁴.

Riguardo ai profili previdenziali, va precisato che essi sono estranei alle Direttive sui distacchi. Invero, in proposito si applica il Regolamento UE n. 833 cit., il cui art. 12 stabilisce la regola di personalità dell'obbligo contributivo, che rappresenta ulteriore declinazione del principio di unicità del regime previdenziale, sopra visto. Tale regola ha il precipuo scopo di favorire la libera prestazione dei servizi a vantaggio delle imprese che di tale libertà si avvalgono, inviando lavoratori in Stati membri diversi da quello in cui sono stabilite³⁵. Al fine di evitare che un'impresa con sede nel territorio di uno Stato membro sia costretta a iscrivere i suoi dipendenti al regime previdenziale di un altro Stato membro nel quale siano inviati per svolgere lavori di durata limitata nel tempo, la disposizione menzionata consente all'impresa di mantenere i propri dipendenti iscritti al regime previdenziale del primo Stato membro. In proposito, l'autorità amministrativa del paese membro di provenienza del lavoratore distaccato attesta, attraverso la produzione di una certificazione (Modello A1), l'applicazione della relativa legislazione previdenziale.

Secondo la giurisprudenza della CGUE³⁶, tuttavia, l'applicazione della regola delle personalità dell'obbligo contributivo è subordinata al rispetto di due condizioni:

1. la prima, concernente il vincolo necessario tra l'impresa che procede al distacco del lavoratore in uno Stato membro diverso da quello in cui la stessa è stabilita e il lavoratore distaccato, richiede il mantenimento di un legame organico tra impresa e lavoratore per tutta la durata del distacco;

2. la seconda condizione, che riguarda il rapporto esistente tra la suddetta impresa e lo Stato membro nel quale essa è stabilita, richiede che quest'ultima eserciti abitualmente attività significative nel territorio di tale Stato membro.

Le riflessioni della Corte, evidentemente ispirate alla più volte richiamata ottica antiabusiva, trovano precisa corrispondenza nella disciplina del distacco transnazionale, di cui

³⁴ Per approfondimenti si rinvia a D. VENTURI, *op. cit.*; G. CAROSIELLI, *L'attuazione della direttiva europea sul distacco dei lavoratori*, in *Il giurista del lavoro* n. 8-9/2016, p. 38 ss.; V. LIPPOLIS, *Distacco transnazionale di lavoratori*, in *Dir. prat. lav.*, n. 6/2017, inserto, p. III ss. Appare utile precisare che la disciplina del distacco “transnazionale” non si applica al settore del trasporto, di cui alla commentata Sentenza della CGUE, giacché detto settore è normato dal regime speciale della recente Direttiva n. 2020/1057.

³⁵ In tal senso, Corte giust., sent. 10 febbraio 2000, causa C-202/97, *FTS*, ECLI:EU:C:2000:75.

³⁶ Corte giust., sent. 6 febbraio 2018, causa C-359/16, *Procedimento pensale a carico di Altun e a.*, cit.

alle Direttive nn. 96/71/CE, 2014/67/UE e alla recente Direttiva n. 957/2018/UE³⁷, recepite nel nostro Paese, rispettivamente dal D.lgs. n. 72/2000, dal D.lgs. n.136/2016 e dal D.lgs. n. 122/2020³⁸.

Non essendo questa la sede per approfondire l'istituto, ci limitiamo a sintetizzare i profili di interesse in relazione al tema affrontato.

In via generale, si può dire che l'intera disciplina del distacco "transnazionale", segnatamente dopo l'adozione della Direttiva n. 2014/67/UE – c.d. *Enforcement* –, è ormai improntata ad una esplicita logica antifraudolenta. Non lasciano dubbi in proposito i "considerando" nn. 7 e 11, nonché l'art. 4 della stessa Direttiva, rubricato: «Individuazione dell'autenticità del distacco e prevenzione degli abusi e dell'elusione». In particolare, tale Direttiva interviene ad integrare il regime originario, tra l'altro, proprio relativamente alle questioni quali l'abuso e l'elusione delle norme sul distacco.

Per quanto riguarda la normativa interna, sin dall'art. 1, il D.lgs. n. 136/2016 subordina l'applicazione della disciplina del distacco lecito alla precisa condizione che, durante il periodo del distacco, continui a esistere un rapporto di lavoro con il lavoratore distaccato. Inoltre, la detta disciplina si applica in presenza di ulteriori condizioni, tra cui la durata limitata, predeterminata o predeterminabile del distacco (articolo 2, comma 1, lett. d) del decreto legislativo n. 136/2016). È evidente, infatti che in assenza anche di una sola di siffatte condizioni, l'operazione posta in essere consisterebbe, in realtà, in una mera fornitura di manodopera, finalizzata a eludere il regime – previdenziale, economico e normativo - di maggior tutela prevista in favore dei prestatori (abusivamente) distaccati. Ciò avviene tipicamente nei casi – le menzionate pratiche di *law shopping* – in cui la disciplina di uno Stato membro, come i Paesi Bassi nel caso della sentenza CGUE esaminata, è maggiormente favorevole per i lavoratori, di quella di un altro, ad es. Cipro; sicché, in caso di formale distacco di lavoratori nel paese con legislazione maggiormente protettiva, è necessario verificare l'autenticità dell'operazione, al fine di appurare che essa non celi in realtà l'elusione della disciplina di *favor*.

Poste tali condizioni, che potrebbero essere definite "preliminari", gran parte del restante quadro regolatorio è composto da ulteriori e stringenti disposizioni che mirano a contrastare le frodi e le elusioni³⁹. In tale contesto, centrale è la disposizione di cui all'art. 3 del D.lgs. 136 cit. («Autenticità del distacco»), che affida agli organi di vigilanza dell'Ispettorato nazionale del lavoro la verifica dell'autenticità del distacco, attraverso una valutazione complessiva degli ivi

³⁷ Sulla Direttiva di riforma della disciplina sul distacco europeo, si rinvia, tra gli altri, a A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2019, p. 133 ss.

³⁸ Sulla disciplina interna del distacco transnazionale come modificata, da ultimo, dal D.lgs. n. 122/2020 si rinvia a G. CAROSIELLI, *Le principali novità del D.Lgs. 122/2020 in tema di distacco comunitario in Italia*, in *Il Giurista del lavoro*, 2020, 10, p. 66 ss., nonché a V. LIPPOLIS, *Distacco transnazionale: novità introdotte dal D.lgs. n. 122/2020*, in *Dir. Prat. Lav.*, inserto speciale, 43/2020.

³⁹ L'Ispettorato nazionale del lavoro (circolari n. 3/2016 e n. 1/2017) ha evidenziato come la finalità primaria del quadro regolatorio, in tema di distacco transnazionale, sia quella di impedire pratiche di *dumping* sociale in violazione dei diritti dei lavoratori, nonché in danno di aziende italiane e, più in generale, dell'economia nazionale, da parte di soggetti stranieri, di natura imprenditoriale o apparentemente tale, che costituiscono basi stabili in Italia, senza osservare gli obblighi previsti dalla legge italiana in materia fiscale, lavoristica e previdenziale. Cfr. anche L. GALANTINO, *op.cit.*, p. 129.

elencati elementi della fattispecie, che riprendono quelli già indicati nell'art. 4 della Direttiva 2014/67 cit.

In questa sede, l'attenzione va posta sulla conseguenza prevista dalla legge interna nell'ipotesi in cui la verifica abbia esito negativo: il lavoratore è considerato a tutti gli effetti alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione (art. 3, comma 4). Come si può chiaramente osservare, si tratta di una previsione che oblitera gli effetti voluti dagli autori dell'operazione elusiva, cioè a dire l'applicazione della legislazione meno protettiva per i lavoratori. Tale conseguenza, di carattere sanzionatorio, individua *de jure* il reale datore di lavoro con un meccanismo che rimanda ai contenuti della pronuncia della CGUE sopra analizzati e che costituisce un collaudato impianto antiabusivo nazionale in materia di lavoro, dall'abrogata legge n. 1369/1960 (art. 1, comma 5) in poi. Peraltro, l'effettività della disposizione di cui all'art. 3, comma 4 del D.lgs. n. 136 cit. è ostacolata dalla necessaria e complessa procedura di disconoscimento del menzionato certificato A1⁴⁰. Invero, la costituzione imperativa del rapporto in capo all'utilizzatore delle prestazioni è subordinata al positivo esito della citata procedura, la quale si innesta chiaramente nella dimensione cooperativa tra autorità di diversi stati membri, di cui all'art. 4, comma 3, del TUE. Nondimeno, una pronuncia della CGUE⁴¹ pare porre in dubbio la necessità - almeno in sede giurisdizionale - della procedura menzionata. In particolare, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che, nell'ambito di un procedimento promosso contro persone sospettate di aver fatto ricorso a lavoratori distaccati servendosi di certificati "A1" ottenuti o invocati in modo fraudolento, il giudice nazionale può "disapplicare" questi ultimi se accerti l'esistenza di una tale frode e se risulti che l'autorità amministrativa nazionale rilasciante la certificazione ometta di collaborare, in violazione dell'art. 4, comma 3, TUE, con l'autorità richiedente dell'altro Stato membro⁴². In effetti, con tale statuizione la CGUE pone in risalto una non lieve criticità nell'impianto repressivo e antiabusivo della disciplina in esame, nella misura in cui affida, forse eccessivamente, la tenuta del sistema protettivo dei lavoratori transfrontalieri alla leale cooperazione tra autorità degli Stati membri interessati. Sotto tale ultimo profilo, è invero prevista la cooperazione amministrativa tra autorità di vigilanza dei diversi paesi membri, con lo scambio di informazioni sulle violazioni accertate e le sanzioni applicate (Capo III della Direttiva 2014/67 cit. e artt. 8 e 9 del D.lgs. n. 136 cit.). Tuttavia, la violazione degli obblighi di leale collaborazione è priva di sanzioni e limitata alla farraginoso procedura sopra menzionata⁴³.

Infine, si segnala che un intero capo della disciplina interna, il III, è dedicato agli obblighi a carico delle imprese distaccanti e alle corrispondenti sanzioni, mentre il Capo IV, ancora nel quadro del principio generale di leale collaborazione tra Stati membri - che l'art. 13 declina nei

⁴⁰ Si tratta di una "procedura di dialogo e di conciliazione" tra i Paesi membri interessati, quello di provenienza del lavoratore, che ha emesso il modello A1, e quello di esecuzione delle prestazioni che ne contesta la validità nel caso concreto; cfr. D. VENTURI, *op. cit.*, p. 17.

⁴¹ Corte giust., sent. 6 febbraio 2018, causa C-359/16, *Procedimento pensale a carico di Altun e a.*, ECLI:EU:C:2018:63.

⁴² Per un commento alla sentenza sia consentito il rinvio a C. SANTORO, *La Corte di Giustizia UE ritiene disapplicabile la certificazione A1 nei distacchi transnazionali*, in *Il Giurista del lavoro*, 2018, p. 12 ss.

⁴³ Per una critica del sistema antiabusivo della disciplina UE in tema di distacco si vedano A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 143 ss.

principi di assistenza e riconoscimento reciproci -, prevede la procedura di esecuzione transnazionale delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate alle imprese distaccanti.

5. L’Autorità europea del lavoro

Per completezza e coerenza con i temi affrontati, appare infine utile accennare alla recente istituzione dell’Agenzia dell’UE denominata “Autorità europea del lavoro” (d’ora in poi ELA), di cui al Regolamento UE n. 2019/1149 del 20 giugno 2019, anche per compensare un certo disinteresse della dottrina su di essa.

Tale Autorità nasce al fine di tutelare i diritti dei lavoratori mobili e promuovere una concorrenza leale tra le imprese, affrontare gli abusi in tale contesto, nonché per rafforzare la cooperazione amministrativa tra gli Stati membri, contribuire ad assicurare l’equa mobilità dei lavoratori sul territorio dell’Unione e assistere gli Stati membri e la Commissione nel coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale nell’Unione (cfr. art. 2 del Reg. citato).

Nell’ambito di tali obiettivi, l’Autorità svolge, tra l’altro, i seguenti compiti:

- agevola l’accesso alle informazioni sui diritti e gli obblighi riguardanti la mobilità dei lavoratori sul territorio dell’Unione, nonché ai servizi pertinenti;
- facilita la cooperazione e lo scambio di informazioni tra gli Stati membri ai fini dell’applicazione e dell’attuazione e coerente, efficiente ed efficace della pertinente normativa dell’Unione;
- coordina e sostiene ispezioni concertate e congiunte;
- sostiene gli Stati membri nello sviluppo delle capacità concernenti l’applicazione e l’attuazione efficace del pertinente diritto dell’Unione;
- sostiene gli Stati membri nella lotta al lavoro non dichiarato.

Da segnalare che l’ELA può esercitare anche un’attività di mediazione, secondo il procedimento di cui all’art. 13 del Regolamento menzionato, in caso di controversia tra due o più Stati membri in merito a singoli casi di applicazione del diritto dell’Unione nei settori di propria competenza. La procedura prevede l’adozione, da parte dell’Autorità, di un parere non vincolante. Tale attività può essere utile in casi come quello sopra menzionato, circa la controversia tra autorità nazionali sulla validità della certificazione “A1”.

Dalla breve analisi che precede emerge che, ad onta della denominazione, l’ELA non dispone di poteri coercitivi, avendo semplici compiti di impulso e coordinamento in merito all’efficace applicazione della normativa euro-unitaria in materia di lavoro. Da questo punto di vista, essa rappresenta un tentativo di coordinamento delle politiche nazionali del lavoro, nel quadro delle finalità dell’Unione. Tuttavia, in relazione agli ambiziosi obiettivi che il Regolamento le impone in ambiti che la presente analisi ha mostrato particolarmente sensibili a violazioni ed elusioni, anche gravi, dei diritti dei lavoratori, ben scarsa incidenza pratica possono avere i compiti di indirizzo e *moral suasion* ad essa affidati.

6. Note conclusive

In conclusione, può sostenersi che la tenuta del sistema complessivo di tutele per i lavoratori coinvolti in operazioni economiche transfrontaliere passa, più che per – pur necessari – meccanismi repressivo-sanzionatori o per organismi di indirizzo e coordinamento, per l’armonizzazione dei regimi nazionali di previdenza e sicurezza sociale.

In effetti, si è già notato come la giurisprudenza della CGUE abbia evidenziato da tempo che «[i]l sistema attuato dal regolamento n. 1408/71 è unicamente un sistema di coordinamento che disciplina in particolare, al titolo II, la determinazione della o delle legislazioni applicabili ai lavoratori subordinati e autonomi che esercitano, in circostanze diverse, il loro diritto alla libera circolazione. È intrinseco ad un tale sistema che il livello dei contributi previdenziali da versare per l'esercizio di una certa attività vari secondo lo Stato membro in cui questa attività è, in tutto o in parte, esercitata o secondo la legislazione previdenziale cui tale attività è sottoposta»⁴⁴. Quindi, il diritto derivato – Reg. n. 1408/71, oggi Reg. n. 883/2004 – prevede non armonizzazione, ma mero coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

In questo ordine di idee, l'uniformità sovranazionale dei livelli di tutela appare allora lo strumento più efficace per prevenire e disincentivare le segnalate prassi di *law shopping*. Certamente, si tratta di un percorso tutt'altro che agevole non tanto sul piano giuridico, essendo chiaramente ravvisabile una base giuridica nell'art. 48 TFUE in punto di libertà di circolazione dei lavoratori, quanto su quello economico e sociale, dovendo l'eventuale armonizzazione misurarsi con sistemi di *welfare* molto distanti tra loro, soprattutto a seguito dell'entrata nell'UE di molti paesi dell'Est⁴⁵. Una prospettiva difficile e tuttavia necessaria, nella misura in cui si intenda perseguire effettivamente il “macro-obiettivo” di una reale integrazione dei paesi e, soprattutto, dei popoli dell'Unione.

⁴⁴ Corte giust., sent. 9 marzo 2006, causa C-493/04, *Piatkowski*, cit.

⁴⁵ Sui profili economico-sociali della libertà di movimento dei lavoratori si rinvia a G. CAVAGGION, *La dimensione sociale della libertà di movimento*, in *federalismi.it*, numero speciale 4/2018, p. 225 ss.