Il distacco comunitario secondo l'UE e prassi ministeriali

di Dario Messineo - funzionario DTL Cuneo

e Laura Grasso - funzionario DTL Torino*

Il distacco comunitario è stato disciplinato dalla Direttiva n.96/71/CE, recepita in Italia dal D.Lgs. n.72/00 e successivamente dalla Direttiva n.2014/67/UE (c.d. Direttiva Enforcement). Recentemente è intervenuta la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea n. C-396/13 del 12 febbraio 2015, la quale si è soffermata in particolare sull'aspetto delle tariffe minime salariali da garantire ai lavoratori distaccati. Anche il Ministero del Lavoro, con la circolare n.14/15, ha fornito importanti chiarimenti in materia, prendendo in esame la normativa comunitaria.

Premessa

Il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale è stato disciplinata dalla Direttiva n.96/71/CE del 16 dicembre 1996, che si inserisce nel quadro delle norme dettate dal Trattato della Comunità europea in materia di prestazione di servizi. Tale direttiva è stata recepita in Italia dal D.Lgs. n.72/00, che detta importanti misure per la tutela dei diritti dei lavoratori distaccati.

Recentemente, *in subiecta materia* è intervenuta la Direttiva n.2014/67/UE (*c.d. direttiva enforcement*), che fornisce chiarimenti volti alla corretta applicazione della Direttiva n.96/71/CE.

Tali direttive sono state oggetto di esame da parte del Ministero del Lavoro nella circolare n.14/15, al fine di orientare l'attività di vigilanza verso la repressione di fenomeni volti ad aggirare in Italia gli obblighi di carattere retributivo attraverso il ricorso a manodopera straniera, in particolare di lavoratori interinali con contratto rumeno.

Recentemente è intervenuta anche la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea n.C-396/13 del 12 febbraio 2015 in ordine alle tariffe minime salariali da riconoscere ai lavoratori distaccati.

Il presente articolo si propone dapprima di fornire una disamina delle tutele garantite ai lavoratori distaccati e, in particolare, si analizzeranno le disposizioni e i chiarimenti in materia di tariffe minime salariali.

Successivamente si analizzerà una sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sull'applicazione in concreto di quanto previsto nella Direttiva n.96/71/CE in materia di tariffe minime salariali e, successivamente, verranno analizzate le principali novità della Direttiva comunitaria n.2014/67/UE. In ultimo si forniranno brevi cenni sui chiarimenti ministeriali di cui alla circolare n.14/15.

L'art.1, Direttiva n.96/71/CE preliminarmente fornisce la definizione di distacco comunitario.

Si legge, infatti che la Direttiva si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale:

a) distacchino un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia;
b) distacchino un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia;
c) distacchino, in quanto imprese di lavoro temporaneo o in quanto imprese che effettuano la cessione temporanea di lavoratori, un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede

* L'Avv. Dario Messineo è anche responsabile U.O. affari legali e contenzioso della DTL di Cuneo, componente del Centro Studi presso la D.G. ispettiva del Ministero del Lavoro e dottore di ricerca in diritto del lavoro presso l'Università di Pavia. L'Avv. Messineo ha curato la redazione della "Premessa" e del paragrafo "La Direttiva n.2014/67/UE (c.d. Direttiva Enforcement)".
La Dott.ssa Laura Grasso è anche dottore di ricerca in diritto del lavoro presso l'Università di Pavia. La Dott.ssa Grasso ha curato la redazione dei paragrafi "La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 12 febbraio 2015: tariffe minime salariali" e "La circolare del Ministero del Lavoro n.14/15".
Gli autori dichiarano che ogni considerazione è frutto esclusivo del proprio libero pensiero e non impegna in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza.

o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente.

L'art.2 dispone che per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente.

Il distacco comunitario, quindi, riguarda la temporanea prestazione di servizi in un Paese diverso da quello di stabilimento, che avviene attraverso un novero assai ampio di schemi contrattuali (secondo il diritto nazionale), che realizzano uno scambio di servizi, nell'esecuzione dei quali vengano utilizzati e distaccati uno o più lavoratori subordinati[1].

L'art.3, Direttiva n.96/71/CE, in relazione ai lavoratori inviati in distacco da uno Stato membro a un altro Stato dell'Unione Europea, stabilisce l'applicazione di livelli minimi di condizioni di lavoro e di occupazione previsti dalla legge del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa (*c.d. principio lex loci laboris*).

Gli Stati membri devono provvedere, infatti, affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese distaccanti garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono fissate da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale[2], sempreché vertano sulle seguenti materie:

a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo;
b) durata minima delle ferie annuali retribuite;
c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario;
d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo;
e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro;
f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani;
g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.

Con specifico riferimento alle tariffe minime salariali, la Direttiva in commento, all'art.3, par.1, co.2, stabilisce che tale nozione è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato.

La direttiva specifica, altresì, all'art.3, par.7, co.2, che le indennità specifiche per il distacco sono considerate parte integrante del salario minimo, purché non siano versate a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco, come le spese di viaggio, vitto e alloggio.

Laddove l'attività lavorativa sia svolta in Italia, l'art.3, co.1, D.Lgs. n.72/00 di recepimento della Direttiva sopra citata, prevede che si applichino:

> *"durante il periodo di distacco, le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attività in posizione di distacco"*.

Nello specifico, poiché durante il periodo del distacco, nell'ambito dell'appalto di servizi transnazionale, l'attività lavorativa viene svolta in Italia, troveranno applicazione le norme italiane (fonti del diritto e contratti collettivi di lavoro).

Con risposta a interpello n.33/10, il Ministero del Lavoro ha precisato, con riguardo alle tariffe salariali, che nella nozione di retribuzione devono essere ricomprese tutte le erogazioni patrimoniali del periodo di riferimento al lordo di qualsiasi contributo e trattenuta. La retribuzione così intesa va dunque strettamente legata alla definizione di reddito da lavoro dipendente valida ai fini fiscali e nella stessa rientrano tutte le erogazioni patrimoniali aventi causa nel rapporto di lavoro in senso lato, senza operare una comparazione per singola voce retributiva, che risulterebbe comunque impossibile in considerazione dei differenti regimi normativi applicabili nei diversi Paesi europei[3].

Occorre, tuttavia, precisare che, fermo restando che

[1] D. Venturi, *Il distacco comunitario: uno sguardo d'insieme*, in "*Speciale distacco*", in "*Il giurista del lavoro*", n.1/11.

[2] Per contratti collettivi o arbitrati, dichiarati di applicazione generale, si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate. V. art.3, par.8, Direttiva n.96/71.

[3] Il trattamento retributivo in ambito edilizio deve tenere conto di quanto garantito dalle Casse Edili, qualora le imprese comunitarie non abbiano già posto in essere, presso un organismo pubblico o di fonte contrattuale, quegli adempimenti finalizzati a garantire gli stessi *standard* di tutela derivanti dagli accantonamenti imposti dalla disciplina contrattuale vigente nel nostro Paese (Tar, Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano n.140/05; Consiglio di Stato, sentenza n.928/06).

la retribuzione su cui calcolare l'imponibile sarà determinata secondo il principio di parità di trattamento, come sopra specificato, non trova applicazione, invece, il principio di territorialità per quanto riguarda gli aspetti contributivi. Tale esclusione trova la sua giustificazione nel fatto che la materia previdenziale per i lavoratori distaccati dalle imprese comunitarie è regolata dal principio di "personalità", opposto al principio di "territorialità" vigente, invece, in materia di condizioni di lavoro. Pertanto, nell'ipotesi di distacco intracomunitario, ai fini della determinazione dell'imponibile previdenziale, occorre riferirsi al regime di previdenza contributiva e assistenziale obbligatoria previsto dalla legislazione del Paese di invio del lavoratore e non al regime italiano[4]. Analogo discorso va fatto in relazione al regime assicurativo per gli infortuni e le malattie professionali, che resta quello contemplato dalla legge del Paese di provenienza.

La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 12 febbraio 2015: tariffe minime salariali

Proprio in ordine alle tariffe minime salariali si è espressa recentemente la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza n.C-396/13 del 12 febbraio 2015, che, sulla scorta dell'interpretazione dell'art.3, Direttiva n.96/71/CE, individua quali tra gli elementi retributivi oggetto di causa siano da considerare inclusi nella nozione di salario minimo.

La sentenza della Corte nasce da una controversia pendente tra un sindacato finlandese del settore dell'energia elettrica e una società con sede in Polonia in merito ai crediti salariali dei lavoratori occupati dalla predetta società e distaccati presso una succursale in Finlandia nell'ambito di una prestazione di servizi.

Secondo i lavoratori in questione, la società polacca non avrebbe concesso loro la retribuzione minima spettante in base ai contratti collettivi finlandesi delle branche dell'elettrificazione e degli impianti tecnici di edificio, così come dispone la Direttiva n.96/71/CE.

La Corte di Giustizia dapprima passa in rassegna la normativa comunitaria e osserva come l'art.3, par.1, co.2, Direttiva n.96/71, fa espresso rinvio alla legislazione o alla prassi nazionale dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato, per determinare le tariffe minime salariali di cui all'art.3, par.1, co.1. Pertanto, il salario minimo calcolato facendo riferimento ai contratti collettivi pertinenti non può dipendere dalla libera scelta del datore di lavoro che distacca alcuni dipendenti, al solo fine di proporre un costo del lavoro minore rispetto a quello dei lavoratori locali.

L'art.3, par.7, co.2, della stessa Direttiva precisa, altresì, per quanto riguarda le indennità specifiche per il distacco, in che misura tali elementi retributivi siano da considerare parte integrante del salario minimo nel contesto delle condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'art.3 della medesima direttiva. Pertanto, la definizione di quali siano gli elementi costitutivi della nozione di salario minimo rientra nell'ambito del diritto dello Stato membro in cui avviene il distacco, fermo restando 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.

A questo proposito, la Corte richiama alcune decisioni in cui ha già avuto occasione di qualificare taluni elementi retributivi come non facenti parte del salario minimo. La Corte osserva che le maggiorazioni e i supplementi che non sono riconosciuti quali componenti della retribuzione minima dalla normativa o dalla prassi nazionale dello Stato membro sul territorio ove il lavoratore è distaccato e che modificano il rapporto tra la prestazione del lavoratore, da un lato, e il corrispettivo percepito, dall'altro, non possono essere considerati come parte integrante del salario minimo[5].

Alla luce delle considerazioni svolte, la Corte esamina i diversi elementi retributivi menzionati dal giudice del rinvio, al fine di stabilire se essi siano parte integrante del salario minimo, ai sensi dell'art.3, Direttiva n.96/71.

Gli elementi presi in considerazione sono:

1. **indennità giornaliera fissa**. Secondo la Corte di Giustizia tale indennità può essere considerata come facente parte integrante del salario minimo a condizioni identiche a quelle cui è subordinata l'inclusione di tale indennità nel salario minimo versato ai lavoratori locali in occasione di un loro distacco all'interno dello Stato membro interessato. Nel caso di specie i pertinenti con-

[4] Sul punto vedi l'art.12, Regolamento CEE n.883/04. V. anche il *Vademecum ad uso degli ispettori del lavoro e delle imprese in materia di distacco dei lavoratori nell'Unione europea* del Ministero del Lavoro, novembre 2010.

[5] V. sentenze Commissione/Germania, C-341/02, EU:C:2005:220, punto 39, e Isbir, EU:C:2013:711, punto 38.

tratti collettivi di lavoro in Finlandia prevedono la concessione di un'indennità giornaliera ai lavoratori distaccati. Conformemente a tali contratti, la suddetta indennità è concessa sotto forma di pagamento giornaliero di una somma fissa. L'indennità in parola è destinata a garantire la tutela sociale dei lavoratori interessati, compensando i disagi dovuti al distacco, rappresentati dall'allontanamento degli stessi dal loro ambiente abituale, e non è versata ai lavoratori a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco. Ne consegue che una siffatta indennità, secondo la Corte vada qualificata come "*indennità specifica per il distacco*", ai sensi dell'art.3, par.7, co.2, Direttiva n.96/71. Tale indennità, quindi, è parte integrante del salario minimo;

2. **indennità per il tragitto giornaliero**. Secondo le pertinenti disposizioni dei contratti collettivi finlandesi, un'indennità per il tragitto è versata ai lavoratori se la durata del tragitto di andata e ritorno che questi ultimi effettuano quotidianamente ecceda un'ora. Qualora una siffatta indennità per il tragitto non sia versata a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute dal lavoratore a causa del distacco, essa deve essere considerata, conformemente all'art.3, par.7, co.2, Direttiva n.96/71, come un'indennità specifica per il distacco e, dunque, come facente parte integrante del salario minimo. Secondo la Corte, quindi, un'indennità per il tragitto giornaliero, che è versata ai lavoratori a condizione che la durata del tragitto che essi effettuano per recarsi sul loro luogo di lavoro e per fare da esso ritorno ecceda un'ora, deve essere considerata come facente parte integrante del salario minimo dei lavoratori distaccati, sempreché tale condizione sia soddisfatta, accertamento questo che spetta al giudice nazionale;
3. **costi di alloggio**. La formulazione dell'art.3, par.7, Direttiva n.96/71, esclude che il rimborso delle spese di alloggio possa essere considerato un elemento del salario minimo, a prescindere dal fatto che la società distaccante si sia accollata effettivamente le spese sostenute a causa del distacco. Pertanto, secondo la Corte, l'accollo dei costi di alloggio di tali lavoratori non deve essere considerato un elemento del salario minimo degli stessi;
4. **indennità per i buoni pasto**. Secondo la Corte l'attribuzione di tali buoni non trova fondamento né nelle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dello Stato membro ospitante, né nei pertinenti contratti collettivi. Inoltre, al pari del versamento delle indennità accordate al fine di compensare le spese di alloggio, tale indennità è versata a titolo di compensazione del costo della vita effettivamente sostenuto dai lavoratori a causa del loro distacco. Pertanto, risulta chiaramente dallo stesso tenore letterale dell'art.3, par.1 e 7, Direttiva n.96/71, che la suddetta indennità non deve essere considerata come facente parte integrante del salario minimo;
5. **gratifica per ferie**. Secondo la Corte la gratifica per ferie è intrinsecamente correlata alla retribuzione che il lavoratore riceve in cambio dei servizi resi e deve essere accordata ai lavoratori distaccati per la durata minima delle ferie annuali retribuite. Ne consegue che l'art.3, Direttiva n.96/71, letto alla luce degli artt.56 e 57 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), deve essere interpretato nel senso che la gratifica per ferie, che deve essere accordata al lavoratore, fa parte integrante del salario minimo cui tale lavoratore ha diritto durante il periodo di riferimento.

La Direttiva n.2014/67/UE *(c.d. Direttiva Enforcement)*

La Direttiva n.2014/67/UE, emanata il 15 maggio 2014, supera alcune incertezze interpretative della Direttiva n.96/71/CE, recepita in Italia dal D.Lgs. n.72/00, e contribuisce a garantire una maggiore efficacia delle disposizioni europee.

Preliminarmente occorre precisare che la Direttiva non è stata ancora recepita dall'ordinamento giuridico italiano, in quanto il termine per adempiere non è ancora scaduto, essendo fissato al 18 giugno 2016. Per quanto sopra, non potranno, nel caso di inottemperanza degli obblighi previsti, attivarsi le azioni risarcitorie nei confronti dello Stato inadempiente.

Tale Direttiva, comunque, prevede obblighi precisi e incondizionati a carico dello Stato nei confronti dei lavoratori interessati e, quindi, possiede, senz'altro, in molti punti, i requisiti delle direttive *self-executing*.

Nello specifico, la Direttiva precisa la definizione di distacco temporaneo e individua gli elementi fattuali da tenere in considerazione per valutare l'autenticità del distacco, pur nella specificità delle situazioni. In particolare, sono comprese le valutazioni che ca-

ratterizzano le attività esercitate da un'impresa nello Stato membro di stabilimento e, ove necessario, in quello ospitante (come, ad esempio, il numero dei contratti eseguiti nello Stato membro di stabilimento, il luogo in cui l'impresa esercita la sua attività economica principale). Inoltre occorre valutare gli elementi fattuali che caratterizzano l'attività e la situazione del lavoratore (come ad esempio se il lavoratore è distaccato in uno Stato membro diverso da quello nel quale, o a partire dal quale, esercita abitualmente la propria attività[6], o se è previsto che il lavoratore distaccato riprenda la sua attività nello Stato membro da cui è stato distaccato dopo aver effettuato il lavoro o prestato i servizi).

La Direttiva cerca, altresì, di garantire l'applicazione dei diritti e la facilitazione delle denunce anche nel caso in cui i lavoratori distaccati abbiano fatto ritorno nello Stato membro. L'applicazione di tale diritto consente, pertanto, non soltanto ai lavoratori di ricorrere ad efficaci meccanismi atti a proporre azioni giudiziarie e richieste di intervento all'autorità amministrativa, ma espressamente prevede che possano esercitare tali azioni anche le Organizzazioni sindacali, le associazioni, le organizzazioni e altre persone giuridiche, "*per conto o a sostegno del lavoratore distaccato o del suo datore di lavoro*". L'applicazione, in concreto, di tale disposizione, mentre non desta preoccupazione per l'attivazione dell'organo amministrativo deputato al controllo, sembrerebbe introdurre la possibilità di agire in giudizio anche in capo ai portatori di interessi legittimi. Sarà estremamente interessante verificare come la legge italiana recepirà la norma comunitaria.

Estremamente interessante è anche la previsione di cui al Capo VI della Direttiva, che vuole risolvere il problema dell'esecuzione transfrontaliera delle sanzioni amministrative e/o delle ammende nel caso di prestatori di servizi stabiliti in altro Stato membro nel caso di inosservanza delle norme. La norma riguarda certamente le sanzioni penali sottoposte a prescrizione ai sensi dell'art.15, D.Lgs. n.124/04. Ma riguarda anche le ipotesi in cui, dopo l'emissione e la corretta notifica dell'ordinanza ingiunzione, ai sensi della L. n.689/81, il trasgressore non ottemperi al pagamento. In tali particolari ipotesi il problema della riscossione si pone come imperativo sia nella fase dell'iscrizione nei ruoli esattoriali (Equitalia non iscrive soggetti debitori che sono residenti al di fuori del territorio italiano) e soprattutto sotto il profilo dell'attivazione delle procedure esecutive presso un altro Stato membro della comunità europea. In base a tali disposizioni si affermano per la prima volta, su questo tema, i principi dell'assistenza reciproca e del riconoscimento reciproco tra gli Stati membri, in relazione al recupero della sanzione amministrativa comminata nel provvedimento, non soggetto a ulteriore appello e che costituisce titolo esecutivo.

In tali ipotesi, su richiesta dell'autorità richiedente l'autorità dell'altro Stato membro adita, riconoscendo il titolo senza ulteriori formalità, procede al recupero della sanzione o alla notificazione della decisione che irroga la sanzione medesima, adottando immediatamente tutti i provvedimenti necessari all'esecuzione.

La normativa comunitaria dedica parecchi articoli, molto dettagliati, sull'argomento (specifica ad esempio che la sanzione pecuniaria globale minima da riscuotere è di € 350,00 o prevede l'obbligo di rinuncia dei rimborsi spese a qualsiasi titolo sostenute dalle autorità statali per le procedure di riscossione), ma ciò comporterà ovviamente un cambiamento della normativa in materia di irrogazione delle sanzioni amministrative e penali e un mutamento delle procedure di riscossione dei crediti, che dovranno tener conto anche di titoli esecutivi provenienti dagli altri Paesi della Comunità europea.

La direttiva, sollecitando una maggiore cooperazione tra autorità nazionali competenti in materia di distacco prevede una tempistica certa per rispondere alle richieste di assistenza da parte degli stati membri assegnando 2 giorni lavorativi per rispondere alle richieste urgenti di informazioni e 25 giorni lavorativi per le richieste non urgenti, imponendo la trasmissione in via telematica delle comunicazioni e la possibilità di consultazione dei registri delle autorità ispettive di altri Stati membri alle stesse condizioni delle autorità competenti del territorio. Nel contempo la direttiva punta chiaramente sulla valorizzazione della centralità del sistema informativo I.M.I.[7] per implementare, di fatto, la collaborazione fra le Autorità amministrative europee. Tale obiettivo comporterà certamente un obbligo di formazione del personale ispettivo, chiamato ad applicare le norme. Infatti l'Italia dovrà essere pronta ad assicurare il rispetto delle indicazioni comunitarie, attraverso un'adeguata preparazione di mezzi e strumenti necessari anche in ragione dell'assenza di tariffe minime salariali e della valutazione volta per volta della contrat-

[6] Vedi Regolamento Ce n.593/08.

[7] *Internal Market Information.*

tazione di prossimità (territoriale o aziendale) concessa ai sensi dell'art.8, D.L. n.138/11, che permette di derogare in *peius* alla contrattazione nazionale ma anche di introdurre deroghe alla disciplina legale del rapporto di lavoro.

La circolare del Ministero del Lavoro n.14/15

Con la circolare n.14 del 9 aprile 2015 il Ministero del Lavoro interviene ad orientare l'attività di vigilanza verso la repressione di fenomeni volti ad aggirare gli obblighi di carattere retributivo attraverso il ricorso a manodopera straniera e, in particolare, di lavoratori interinali con contratto rumeno.

La circolare si sofferma, in particolare, sul rispetto da parte delle agenzie, delle tutele nell'ambito di un rapporto transnazionale di lavoro. In buona sostanza, richiama gli ispettori e gli *stakeholders* (la circolare è stata inviata anche alle organizzazioni sindacali e alle associazioni imprenditoriali e delle agenzie di somministrazione) a una verifica puntuale del rispetto della parità di trattamento rispetto ai lavoratori italiani alle dipendenze dell'utilizzatore, sotto un duplice profilo: quello normativo e quello retributivo. Ciò posto, invita gli uffici a prestare la massima attenzione a tali fenomeni, sui quali, ricorda la circolare, la Direzione Generale si è più volte impegnata, sia attraverso l'attiva partecipazione ad iniziative che hanno coinvolto altri Stati membri dell'Unione europea (progetto *Enfoster*, progetto *Transpo*, progetto *Empower* etc.), sia attraverso l'emanazione di istruzioni operative sulla corretta applicazione della disciplina in materia[8].

In particolare specifica che l'art.4, D.Lgs. n.72/00, prevede il rispetto, da parte delle agenzie con sede in altro Stato membro, della disciplina dettata per le agenzie italiane in ordine al trattamento da riconoscere ai lavoratori temporanei oggi contenuta nel D.Lgs. n.276/03.

Quindi, nelle ipotesi di lavoro somministrato da parte delle agenzie comunitarie, così come quelle italiane, trova applicazione l'art.23, co.1, D.Lgs. n.276/03, che prevede il diritto del lavoratore interinale alle condizioni di lavoro e di occupazione non inferiori a quelle dei dipendenti, di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte, nonché la disciplina delle responsabilità solidale tra agenzia e azienda utilizzatrice per l'adempimento degli obblighi retributivi e previdenziali[9].

Su tale punto occorre precisare, in particolare, che la responsabilità solidale comporta una copertura integrale delle ragioni creditorie dei lavoratori in relazione ai trattamenti retributivi (comprese 13ª, 14ª, Tfr, etc.). Una diversa interpretazione violerebbe il principio di parità di trattamento e, inoltre, quanto espressamente previsto all'art.5 della Direttiva n.2008/104/CE, che prevede che per tutta la durata della missione presso l'impresa utilizzatrice le condizioni di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale siano identiche (se non più favorevoli) a quelle che si applicherebbero se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro[10].

La circolare richiama in proposito anche alcune delle norme italiane applicabili emanate, anche a seguito delle disciplina comunitaria, che devono essere rispettate e, in particolare, il D.Lgs. n.66/03 (emanato in attuazione delle Direttive n.93/104/CE e n.2000/34/CE) in relazione ai periodi massimi di lavoro e ai periodi minimi di riposo. Sono altresì senz'altro applicabili le norme in materia di salute, sicurezza e igiene su lavoro, di cui al D.Lgs. n.81/08 (che riordina precedenti atti normativi emanati sulla base di direttive comunitarie[11] e le norme in tema di tutela delle condizioni di lavoro di occupazione di gestanti e puerpere bambini e giovani e la parità di trattamento tra uomo e donna di cui al D.Lgs. n.151/01 e alla L. n.977/67 e quelle di cui al D.Lgs. n.198/06 (in attuazione della direttiva n.2006/54/CE).

La circolare, inoltre, non manca di sottolineare quale sia la documentazione utile ai fini della verifica del rispetto delle condizioni di lavoro. In particolare:

- il contratto di somministrazione di lavoro e l'autorizzazione amministrativa del Paese di riferimento;

[8] V. anche il *Vademecum ad uso degli ispettori del lavoro e delle imprese in materia di distacco dei lavoratori nell'Unione europea del Ministero del Lavoro*, novembre 2010.

[9] Occorre precisare che, al fine di rendere effettiva la tutela del lavoratore nelle ipotesi di eventuali inadempimenti di natura retributiva o contributiva, le agenzie di somministrazione di altro Stato membro possono essere esonerate dal versamento del deposito cauzionale e dalla stipula di una garanzia fideiussoria ai sensi dell'art.5, co.2, D.Lgs n.276/03, solo laddove abbiano comprovato di aver assolto ad "obblighi analoghi" nel rispetto della legislazione dello stato di provenienza.

[10] Sia consentito il rinvio a D. Messineo e L. Grasso, *La responsabilità solidale nel distacco comunitario*, in "*Speciale distacco*", in "*Il giurista del lavoro*", n.1/11.

[11] Tra le altre si ricordano le direttive n.80/1107/CEE, n.82/605/CEE, n.83/477/CEE, n.86/188/CEE e n.88/642/CEE, in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici e le Direttive n.89/391/CEE, n.89/654/CEE, n.89/655/CEE, n.89/656/CEE, n.90/269/CEE, n.90/270/CEE, n.90/394/CEE, n.90/679/CEE, n.93/88/CEE, n.95/63/CE, n.97/42/CE, n.98/24/CE, n.99/38/CE, n.99/92/CE, n.2001/45/CE, n.2003/10/CE, n.2003/18/CE e n.2004/40/CE, riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

- i documenti di riconoscimento e gli eventuali contratti individuali di lavoro del personale somministrato;
- la documentazione in materia di salute e sicurezza (POS, DVR, sorveglianza sanitaria, etc.);
- tutta la documentazione utile alla verifica del rapporto di lavoro.

Come stabilito anche dalla Direttiva n.2014/67/UE, art.9, lett.d), tale documentazione dovrà essere presentata nella lingua ufficiale dello Stato richiedente, entro un termine ragionevole. Inoltre, entro l'inizio della prestazione del servizio occorrerà compilare una dichiarazione con una serie di indicazioni riguardanti: l'identità del prestatore, il numero dei lavoratori distaccati, l'indirizzo del luogo di lavoro, la specificità dei servizi, le persone designate per tenere i contatti con le autorità competenti e la persona designata in qualità di rappresentante legale.

Il Ministero del Lavoro, infine, ribadisce che uno degli strumenti per garantire la parità di trattamento dei lavoratori nell'ambito di un distacco transnazionale di lavoro è la diffida accertativa, laddove sia stata accertata una violazione dei livelli minimi contrattuali, cui fa seguito un diritto di credito del lavoratore nei confronti del datore.

Sul punto si evidenzia che l'adozione della diffida accertativa è comunque subordinata alla verifica della sussistenza di alcuni presupposti. Il credito vantato deve essere infatti certo, liquido ed esigibile. Ciò si desume dall'efficacia di titolo esecutivo che acquisisce la diffida accertativa validata, per cui trova applicazione l'art.474 c.p.c., il quale prescrive che:

"l'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo liquido ed esigibile".

La circolare del Ministero del Lavoro n.1/13 precisa che i requisiti di certezza della sussistenza del credito, della sua determinazione quantitativa, della sua esigibilità, non sono riconducibili necessariamente al credito preesistente all'accertamento, ma possono benissimo scaturire dall'accertamento stesso. Secondo il Ministero è proprio l'accertamento, e non il credito oggetto di verifica da parte della Pubblica Amministrazione, che deve possedere i requisiti di cui all'art.474 c.p.c. per essere riconosciuto come titolo esecutivo, per rivestire cioè di certezza il diritto che il titolo stesso acclara.

A parere di chi scrive, quindi, la diffida accertativa che scaturisce dalla violazione dei livelli minimi di tutela implica accertamenti in fatto sia in ordine agli elementi retributivi da considerare come parte integrante del salario minimo sia in ordine al Ccnl da applicare. Quindi, laddove la verifica da cui deriva il recupero delle somme da diffidare risulti complessa non si può negare che l'eventuale annullamento degli atti di accertamento determinerebbe la caducazione del titolo esecutivo che trova fondamento proprio sui riscontri ispettivi, con successivi e complessi risvolti di natura risarcitoria.

Pertanto, tale diffida potrebbe essere adottata solo in relazione agli elementi retributivi che, in base alla Direttiva comunitaria come recepita dalla legge italiana, sono da considerarsi senza dubbio e senza essere oggetto di valutazione da parte dell'ispettore, come parte integrante delle tariffe minime salariali (ad esempio la maggiorazione per il lavoro straordinario) e laddove sia agevolmente individuabile il Ccnl applicabile al fine di procedere alla corretta qualificazione e quantificazione dei crediti spettanti.