CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE PEDRO CRUZ VILLALÓN presentate il 5 maggio 2010 [1]

I — Introduzione

1. Su richiesta del Rechtbank van eerste aanleg van het gerechtelijk arrondissement Antwerpen (Tribunale di primo grado della giurisdizione di Anversa; in prosieguo: il «Rechtbank»), si chiede alla Corte di giustizia di chiarire se il diritto belga possa essere interpretato conformemente all'art. 5 della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori [2] nonché agli artt. 56 e 57 TFUE.

2. La presente causa costituisce sostanzialmente una conseguenza della sentenza della Corte di giustizia nella causa Arblade e altri [3], in cui sono stati forniti i criteri necessari per stabilire, alla luce degli artt. 56 e 57 TFUE, la conformità a quest'ultimo Trattato di una normativa nazionale volta a controllare la regolarità della circolazione intracomunitaria di lavoratori. In concreto, si sollevano svariati dubbi circa la legittimità dell'obbligo incombente al datore di lavoro di trasmettere previamente all'amministrazione belga del lavoro una dichiarazione di distacco, così come di tenere a disposizione documenti equivalenti al conto individuale e alla liquidazione dei salari previsti dal diritto belga.

3. Dieci anni dopo, la Corte di giustizia deve esaminare un problema simile a quello sollevato nella causa Arblade, ma, stavolta, nell'ambito di un nuovo contesto normativo nazionale e sulla scorta di importanti sviluppi nella giurisprudenza dell'Unione in materia sociale. Pertanto, la presente causa offre l'opportunità di chiarire se l'affermazione secondo cui l'Unione persegue anche una finalità sociale, come ha dichiarato la Corte di giustizia nelle sentenze Viking Line e Laval un Parteneri [4] e considerata l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, abbia qualche impatto sulla dottrina elaborata con la sentenza Arblade.

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (GU 1997, L 18, pag. 1).

3 — Sentenza 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, Arblade (Racc. pag. I-8453).

4 — Sentenze 11 dicembre 2007, causa C-438/05, International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union, «Wiking Line» (Racc. pag. I-10779), e 18 dicembre 2007, causa C-341/05, Laval un Partneri (Racc. pag. I-11767).

II — La normativa applicabile

A — *Il diritto dell'Unione*

1. La libera prestazione dei servizi

4. L'art. 56 TFUE dispone:

«Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione».

2. La direttiva 96/71

5. Con l'obiettivo di armonizzare la regolamentazione del distacco dei lavoratori nell'ambito della prestazione transfrontaliera di servizi, la direttiva 96/71 ha introdotto una serie di misure relative ai diritti dei lavoratori e gli obblighi dei datori di lavoro. Nel punto che riguarda le condizioni di lavoro e di occupazione, l'art. 3, n. 1, della citata direttiva, si legge:

«Condizioni di lavoro e di occupazione

1. Gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate 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, a norma del paragrafo 8, sempreché vertano sulle attività menzionate in allegato:

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; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria;

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.

Ai fini della presente direttiva, la nozione di tariffa minima salariale di cui al primo comma, lettera c) è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato. (…)».

6. L'art. 5 autorizza gli Stati membri ad adottare le misure necessarie per assicurare l'osservanza della direttiva 97/61, nei seguenti termini:

«Misure

Gli Stati membri adottano misure adeguate in caso di inosservanza della presente direttiva.

Essi vigilano in particolare affinché i lavoratori e/o i loro rappresentanti dispongano di procedure adeguate ai fini dell'esecuzione degli obblighi previsti dalla presente direttiva».

B — *Il diritto nazionale*

7. Il Belgio ha recepito la direttiva 96/71 attraverso la legge 5 marzo 2002 [5], includendo anche le indicazioni che gli erano state fornite dalla Corte di giustizia con la sentenza Arblade. Tra le altre misure, e per quanto qui interessa, la legge di recepimento ha istituito un regime semplificato per la tenuta di determinati documenti sociali da parte delle imprese che distaccano lavoratori nel territorio belga (in prosieguo: il «regime semplificato»). Tale regime è stato attuato attraverso il regio

5 — *Moniteur belge* del 13 marzo 2002.

decreto 29 marzo 2002 [6], che ha definito le attività nell'ambito della costruzione, espressamente menzionate nell'art. 6, n. 2, della citata legge di trasposizione.

8. Come si deduce dagli argomenti esposti, rispettivamente, dalla Commissione, dal governo belga e dagli imputati nella causa principale, il regime semplificato istituito dalla legge e dal regio decreto 29 marzo 2002 non si applica più a partire dal 1º aprile 2007, essendo stato sostituito «da un nuovo sistema, più comodo e più accessibile», che si basa su un formato elettronico della dichiarazione di distacco, detta «dichiarazione Limosa» [7], nonostante il quale, tuttavia, la normativa del 2002 costituisce, ratione temporis, ai fini della presente questione pregiudiziale, il contesto giuridico nazionale di riferimento.

9. L'art. 8 della legge di recepimento, secondo la redazione vigente all'epoca dei fatti di causa, esentava il datore di lavoro dall'obbligo di soddisfare le condizioni di cui all'art. 6 ter, n. 2, del regio decreto 23 ottobre 1978, n. 5, relativo alla tenuta di documenti sociali, sebbene solo per il periodo di sei mesi, stabilito dal Re in forza di questa stessa disposizione. Così, il datore di lavoro era esentato dall'obbligo di redigere un regolamento del lavoro [8], la liquidazione dei salari [9], i documenti relativi ai contratti di lavoro [10], nonché il certificato e la dichiarazione immediata di occupazione, affinché lo stesso datore di lavoro non rimanesse assoggettato ai regimi previdenziali dell'ordinamento belga [11].

10. Ai sensi dell'art. 6 ter, n. 2, del citato regio decreto n. 5, i datori di lavoro sono dispensati dall'obbligo di redigere e di conservare i documenti sociali prescritti dal capo II del medesimo decreto, qualora soddisfino due condizioni: in primo luogo, che, prima di occupare i lavoratori, essi abbiano inviato ai funzionari competenti una dichiarazione di distacco, redatta in conformità dell'art. 6 quater. In secondo luogo, che essi tengano a disposizione dei medesimi funzionari, durante il periodo stabilito al n. 1 della stessa disposizione, una copia dei documenti richiesti dalla legislazione del paese in cui è stabilito il datore di lavoro, sempreché siano equivalenti al «conto individuale» previsto dall'art. 4, n. 1, del regio decreto o alla «busta paga» di cui all'art. 15 della legge 12 aprile 1965 sulla protezione della retribuzione dei lavoratori.

11. Qualora non sia in possesso dei «documenti equivalenti», il datore di lavoro è obbligato, in forza dell'art. 6 quater, n. 4, del citato regio decreto n. 5, a redigere e a conservare il

6 — *Moniteur belge* del 17 aprile 2002.

7 — Sigla che deriva da «Landenoverschrijdend Informatiesysteem ten behoeve van MigratieOnderzoek bij de Sociale Administratie» (sistema di informazione transfrontaliero relativo all'inchiesta sull'emigrazione presso l'amministrazione sociale). Tale sistema, secondo le informazioni fornite dalla Commissione nelle osservazioni scritte, ha formato oggetto di procedimento per inadempimento per violazione dell'art. 56 TFUE (procedimento n. 2007/2367).

8 — Art. 4 della legge 8 aprile 1965.

9 — Art. 15 della legge 12 aprile 1965.

10 — Artt. 4 e 123 della legge 3 luglio 1978.

11 — Art. 38 della legge 26 luglio 1996.

conto individuale e la busta paga così come sono previsti dalla normativa belga.

12. Il capo III del regio decreto 29 marzo 2002, sotto il titolo «modalità di esenzione dall'obbligo di redazione e di conservazione dei documenti sociali», contiene l'art. 3, in cui si prevede che il datore di lavoro, prima dell'inizio dell'occupazione dei lavoratori distaccati, debba inviare all'Ispettorato per il controllo delle leggi sociali, a mezzo di lettera, di posta elettronica o fax, una «dichiarazione previa di distacco» conformemente al disposto dell'art. 4. La conferma della ricezione e della conformità di tale dichiarazione deve essere emessa entro cinque giorni lavorativi dalla data in cui la dichiarazione è pervenuta all'Ispettorato; a tal fine l'Ispettorato rilascia, con gli stessi mezzi poc'anzi descritti, un «numero di registrazione» della dichiarazione del datore di lavoro (n. 2). L'occupazione effettiva dei lavoratori distaccati può aver luogo solamente dopo che l'Ispettorato abbia notificato al datore di lavoro il numero di registrazione, con la conseguenza che, in mancanza di quest'ultimo, l'interessato non può beneficiare dell'esenzione (n. 3).

13. Il capo IV del medesimo regio decreto, concernente la «dichiarazione di distacco», contiene l'art. 4, in cui vengono specificati i dati che dovranno essere indicati nella dichiarazione previa:

«1. con riferimento al datore di lavoro che distacca lavoratori in Belgio: cognome, nome, domicilio o ragione sociale e sede dell'impresa, natura dell'attività svolta, indirizzo, numero di telefono e di fax, indirizzo di posta elettronica e numero di identificazione o di registrazione del datore di lavoro presso l'ente previdenziale competente nel paese di origine[;]

2. con riferimento al preposto o mandatario del datore di lavoro responsabile della messa a disposizione dei documenti equivalenti in conformità all'art. 5, [n. 1,] del presente decreto: cognome, nome, ragione sociale, indirizzo, numero di telefono, numero di fax e indirizzo di posta elettronica;

3. per ognuno dei lavoratori distaccati in Belgio: cognome, nome, domicilio, data di nascita, stato civile, sesso, nazionalità, indirizzo, numero di telefono, numero e tipo di documento di identità, data di stipulazione del contratto di lavoro, data di inizio dell'occupazione in Belgio e mansione esercitata;

4. quanto alle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori distaccati: durata settimanale del lavoro e orari;

5. quanto al distacco: tipo di prestazioni di servizi effettuate nell'ambito del distacco, data

di inizio del distacco, durata prevista del distacco e luogo di esecuzione delle prestazioni;

6. per quanto riguarda i documenti equivalenti: luogo in cui i documenti sono custoditi e conservati, conformemente all'art. 5 del presente decreto».

14. L'art. 4, n. 2, dello stesso regio decreto esige che tale dichiarazione sia redatta in conformità del modello allegato al decreto.

15. Il capo V del detto testo regolamentare disciplina le «modalità per la messa a disposizione e la conservazione dei documenti equivalenti», laddove la prima sezione riguarda la tenuta dei documenti «durante il periodo di occupazione dei lavoratori distaccati in Belgio» (art. 5) e la seconda sezione concerne la tenuta dei documenti «dopo che si sia concluso il periodo di occupazione dei lavoratori in Belgio» (art. 6).

16. L'art. 5, n. 1, stabilisce l'obbligo per il datore di lavoro di tenere a disposizione dei servizi di ispezione una copia dei documenti, vuoi sul luogo di lavoro presso il quale viene distaccato il lavoratore, vuoi presso il domicilio in Belgio di una persona fisica che conservi i detti documenti in qualità di responsabile o mandatario. Tale precetto comprende l'obbligo di completare debitamente i documenti in funzione degli obblighi applicabili in forza della normativa vigente nel paese di origine. Qualora quest'ultimo requisito non sia soddisfatto, il datore di lavoro è tenuto ad elaborare e a redigere il conto individuale e la liquidazione dei salari conformemente alla normativa belga, come disposto nella parte finale dell'art. 5, n. 1.

17. Dopo i sei mesi cui si riferisce l'art. 2 del regio decreto, il datore di lavoro deve tenere a disposizione dei servizi di ispezione competenti, per cinque anni e presso i luoghi menzionati nel precedente paragrafo, una copia dei detti documenti equivalenti; qualora non adempia tale obbligo, egli è tenuto a redigere il conto individuale e la busta paga ai sensi della legge belga. Ciononostante, il medesimo art. 5, n. 3, permette al datore di lavoro di conservare le copie dei documenti equivalenti in qualsiasi formato, purché risultino leggibili e siano riprodotti in forma tale da permettere un'ispezione efficace.

18. Analogamente, l'art. 6 si riferisce all'obbligo del datore di lavoro di depositare presso l'Ispettorato del lavoro una copia dei documenti equivalenti, mantenendolo anche dopo che si sia concluso il periodo di occupazione dei lavoratori distaccati.

III — Fatti e causa principale

19. La Termiso Limitada, società portoghese specializzata in sistemi di isolamento termico e acustico nel settore della riparazione di navi, distaccava dal proprio organico in Portogallo alcuni saldatori e operai nel cantiere navale

della società Antwerp Ship Repair in Anversa, al fine di eseguire contratti di subappalto.

20. Ogni volta in cui veniva concluso un contratto, la Termiso chiedeva alle autorità portoghesi il rilascio dei formulari E101 [12], mentre, da parte sua, la Antwerp Ship Repair effettuava la relativa comunicazione del distacco di lavoratori all'Ispettorato del lavoro, ai sensi dell'art. 69 della legge sul nuovo orientamento economico 14 agosto 1978 [13].

21. In occasione di un controllo effettuato il 12 luglio 2004 dall'Ispettorato del servizio pubblico federale di previdenza sociale nei cantieri navali della Antwerp Ship Repair, è stato accertato che 53 operai metallurgici distaccati della Termiso Limitada lavoravano nei detti cantieri. Nessuno dei trasferimenti di tali lavoratori era stato comunicato con la suddetta dichiarazione previa, pertanto, senza aver preventivamente preso contatto con l'Ispettorato belga. Da parte sua, il caposquadra della Termiso non è stato in grado di mostrare alcun documento salariale.

22. Il procedimento amministrativo avviato il 14 luglio 2004 dall'Ispettorato del lavoro nei confronti della Termiso Limitada per violazione della normativa belga sulla tenuta dei documenti sociali è stato archiviato il 17 novembre dello stesso anno.

23. Il Belgio ha tipizzato come delitto l'inosservanza delle condizioni prescritte dalla legislazione sociale belga [14]. In virtù di tale tipizzazione, il pubblico ministero ha accusato la Termiso Limitada (datore di lavoro e persona giuridica penalmente responsabile), nonché Vítor Manuel dos Santos Palhota (azionista e direttore generale), Mário de Moura Gonçalves (deceduto) e Fernando Luís das Neves Palhota (azionista e direttore tecnico), di aver commesso diversi reati per non aver tenuto a disposizione il conto individuale dei lavoratori distaccati, per non aver corrisposto il salario minimo garantito e per aver omesso di retribuire le ore di lavoro straordinario secondo quanto previsto dalla legge belga.

IV — Questione pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

24. Nell'ambito del procedimento penale avviato dinanzi al Rechtbank a carico della Termiso Limitada, di Vítor Manuel dos Santos Palhota, Mário de Moura Gonçalves e Fernando Luís das Neves Palhota, detto organo giurisdizionale ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia, ai sensi

12 — Come hanno ammesso i convenuti nella causa principale, nonostante il fatto che tali formulari non venissero rilasciati puntualmente, siffatto ritardo non ha mai destato sospetti da parte dell'Ispettorato del lavoro belga.

13 — *Moniteur belge* del 17 agosto 1978.

14 — Le norme penali applicabili non sono state specificate né nell'ordinanza del Rechtbank né nell'ambito delle osservazioni scritte e orali dei vari intervenienti.

dell'art. 267 TFUE, ponendo la seguente questione pregiudiziale:

«Se le disposizioni dell'art. 8 della legge 5 marzo 2002 e gli artt. 3, 4 e 5 del regio decreto 29 marzo 2002 (decreto di attuazione) violino gli artt. 49 e 50 del Trattato CE, in quanto impongono ai datori di lavoro stranieri, che desiderano distaccare lavoratori, l'obbligo di trasmettere preventivamente al Dienst Toezicht op de Sociale Wetten (Ispettorato per il controllo delle leggi sociali) una dichiarazione di distacco, nonché di tenere a disposizione documenti equivalenti al conto individuale belga o alla liquidazione del salario belga, cosicché l'accesso al mercato dei servizi belga verrebbe impedito, o quanto meno ostacolato».

25. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta presso la cancelleria della Corte di giustizia il 26 novembre 2008.

26. Hanno presentato osservazioni, entro il termine stabilito dall'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia, i governi belga, tedesco, francese, greco e danese, nonché la Commissione e gli imputati nel procedimento penale nazionale.

27. All'udienza del 25 febbraio 2010 erano presenti gli agenti del Regno del Belgio, della Repubblica ellenica, della Repubblica francese e dell'organo di vigilanza EFTA, nonché quello della Commissione.

V — Sulla ricevibilità

28. Il Belgio invoca tre motivi a favore dell'irricevibilità della questione pregiudiziale.

29. In primo luogo, tale Stato membro sostiene che la domanda formulata dal giudice del rinvio si fonda su un'interpretazione errata dell'art. 8 della legge belga di trasposizione della direttiva 96/71 e del regolamento di attuazione, secondo cui il «regime semplificato» in parola sarebbe obbligatorio per i prestatori di servizi. Così, tale normativa prevede un sistema alternativo che consente al datore di lavoro in questione di avvalersi del regime semplificato oppure, in alternativa, di redigere e tenere i documenti belgi.

30. In secondo luogo, il Belgio addebita all'ordinanza di rinvio alcuni difetti di motivazione, in quanto il contesto fattuale e giuridico della questione pregiudiziale non consentono di dedurre le ragioni per cui l'ordinamento belga violerebbe l'attuale art. 56 TFUE, e contesta altresì la rilevanza della direttiva 96/71 al fine di risolvere la causa nel merito.

31. In terzo luogo, il medesimo Stato membro nega che la Corte di giustizia possa pronunciarsi sull'art. 57 TFUE, dato che nessuno ha messo in discussione il fatto che il lavoro eseguito in Belgio dai lavoratori della Termiso Limitada costituisce una prestazione di servizi, e poiché, inoltre, l'applicazione di tale disposizione spetta al giudice nazionale.

32. In relazione al primo motivo di irricevibilità, è evidente che esso non è sufficiente per giustificare un rigetto a limine della questione pregiudiziale. In primo luogo, poiché non spetta a questa Corte di giustizia il compito di analizzare il diritto nazionale, in quanto il meccanismo pregiudiziale è basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, cui spetta unicamente pronunciarsi sull'interpretazione o sulla validità di una normativa dell'Unione, sulla base dei fatti indicati dal giudice nazionale [15]. In secondo luogo, perché, a prescindere dalle ragioni che possono avere indotto il Rechtbank a incentrare i propri dubbi sul regime semplificato, solo a tale organo spetta stabilire la necessità di consultare la Corte di giustizia e scegliere il contesto fattuale e normativo in cui si inserisce la questione pregiudiziale [16].

33. In ordine al secondo motivo di irricevibilità, si deve osservare che, secondo una giurisprudenza costante, il rifiuto a limine di una questione pregiudiziale si giustifica solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale [17], qualora il problema sia di natura ipotetica [18], o ancora nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte [19].

34. Infatti, la definizione dell'ambito di fatto e di diritto in cui si inserisce la questione pregiudiziale risulta imprescindibile affinché la Corte di giustizia possa fornire al giudice nazionale un'interpretazione utile del diritto dell'Unione [20], e, ancor prima che la Corte si pronunci, affinché i soggetti intervenienti nel procedimento pregiudiziale possano presentare osservazioni [21].

35. In tale contesto, e nonostante il carattere sintetico dell'ordinanza, è innegabile che quest'ultima fornisce una descrizione minima ma sufficiente del rapporto tra l'art. 56 TFUE, la direttiva 96/71 e la normativa belga del 2002, nonché degli elementi di fatto che alimentano i dubbi del giudice a quo. D'altra parte, la circostanza che nella questione non venga invocata la citata direttiva non incide per nulla sulla competenza della Corte di giustizia, poiché il giudice del rinvio correttamente richiama anche l'art. 56 TFUE, disposizione che senza dubbio è rilevante per risolvere la questione da esso formulata.

15 — Sentenze 2 giugno 1994, causa C-30/93, AC-ATEL Electronics Vertriebs (Racc. pag. I-2305, punto 16); 20 marzo 1997, causa C-352/95, Phytheron International (Racc. pag. I-1729, punto 11), e 16 luglio 1998, causa C-235/95, Dumon e Froment (Racc. pag. I-4531, punti 25-27).

16 — Sentenze 25 ottobre 2001, causa C-475/99, Ambulanz Glöckner (Racc. pag. I-8089, punto 10); 2 giugno 2005, causa C-136/03, Dörr e Ünal (Racc. pag. I-4759, punto 46), e 22 giugno 2006, causa C-419/04, Conseil général de la Vienne (Racc. pag. I-5645, punto 24).

17 — Sentenza 1º ottobre 2009, causa C-505/07, Compañía Española de Comercialización de Aceite (Racc. pag. I-8963, punto 26).

18 — Sentenza 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satélite Digital (Racc. pag. I-607, punto 19).

19 — Sentenza 26 gennaio 1993, cause riunite da C-320/90 a C-322/90, Telemarsicabruzzo e a. (Racc. pag. I-393, punto 6).

20 — Ordinanze 19 marzo 1993, causa C-157/92, Banchero (Racc. pag. I-1085, punto 4); 7 aprile 1995, causa C-167/94, Grau Gomis e a. (Racc. pag. I-1023, punto 8), e 23 dicembre 2009, causa C-45/08, Spector Photo Group (Racc. pag. I-12073, punto 26).

21 — Sentenza 1º aprile 1982, cause riunite da 141/81 a 143/81, Holdijk e a. (Racc. pag. 1299, punto 6).

36. La stessa sorte si addice al terzo motivo di irricevibilità dedotto dal Belgio, giacché l'art. 57 TFUE vieta la discriminazione nell'ambito della libera prestazione dei servizi, essendo precisamente questa la problematica che sottende alla questione posta dal Rechtbank.

37. Pertanto, la questione pregiudiziale in esame non presenta vizi di irricevibilità.

VI — Nel merito

A — *Criterio di valutazione*

1. Una riflessione preliminare: il distacco di lavoratori, la direttiva 96/71 e gli interessi in gioco

38. Il caso presente evidenzia ancora una volta le tensioni esistenti tra la costruzione del mercato interno e la protezione dei valori sociali. Come abbiamo già avuto modo di riscontrare in casi precedenti, il distacco di lavoratori pone in conflitto le imprese che esercitano la libera prestazione dei servizi, i lavoratori dipendenti di queste ultime che vengono distaccati a causa di tale prestazione, e gli Stati membri che accolgono tanto l'impresa quanto i suoi dipendenti. A siffatta tensione tenta di fornire una soluzione la direttiva 96/71, che si propone di raggiungere un equilibrio tra la libertà dell'imprenditore di prestare i propri servizi e la salvaguardia di alcuni standard di protezione sociale.

39. L'elemento essenziale che determina l'applicazione della direttiva in parola consiste nello svolgimento di un'attività economica in uno Stato membro diverso dallo Stato di origine dell'impresa, la quale, nel contempo, distacca per proprio conto e sotto la propria direzione il lavoratore. Per tale ragione il legislatore dell'Unione è cosciente del fatto che «nell'interesse delle parti occorre definire le condizioni di lavoro e di occupazione» [22], ragion per cui la direttiva incorpora le norme per la determinazione della normativa del lavoro applicabile.

40. La questione relativa alle norme applicabili (le norme del paese di stabilimento o quelle del paese ospitante) si spiega con riferimento alla necessità di coordinare le legislazioni degli Stati membri per definire un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima [23] che dovranno essere rispettate nello Stato ospitante a prescindere dalla durata del distacco dei lavoratori [24]. Tale concetto prende corpo nell'art. 3, n. 1, della direttiva, in cui si stabilisce che gli Stati membri provvedono affinché «qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le

22 — Sesto «considerando» della direttiva 96/71.
23 — Tredicesimo «considerando» della direttiva 96/71.
24 — Quattordicesimo «considerando» della direttiva 96/71.

imprese (…) garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione» relative ad aspetti importanti, tra i quali, fra gli altri, i periodi massimi di lavoro e i periodi minimi di riposo, le tariffe minime salariali e la salute sul lavoro. A tale previsione si aggiunge il n. 7, il quale garantisce, in ogni caso, «[l']applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori» [25].

41. Come norma di chiusura, il n. 10 del citato art. 3 riconosce la facoltà degli Stati membri, sempreché rispettino i Trattati, di imporre alle imprese che distaccano lavoratori nel loro territorio condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al n. 1, primo comma, della medesima disposizione, laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico.

25 — La specificità del regime instaurato dalla direttiva 96/71 appare ancor più evidente se si compara detto regime con le regole generali sulla legge applicabile contenute negli artt. 3 e 6 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (GU L 266, pag. 1). La Convenzione propende per una diversa soluzione, prevedendo che, in mancanza di scelta delle parti (criterio principale), il contratto di lavoro è regolato dalla legge dello Stato in cui il lavoratore compie abitualmente il suo lavoro in esecuzione del contratto, anche se viene inviato temporaneamente in un altro Stato, oppure dalla legge del paese dove si trova la sede che ha assunto il lavoratore (criterio sussidiario), ferma restando la possibilità che, in determinate condizioni, risultino d'applicazione, insieme alla legge dichiarata applicabile al contratto, le norme di polizia di un altro ordinamento, in particolare, dello Stato membro nel cui territorio sia stato distaccato temporaneamente il lavoratore (criterio della norma imperativa).

42. Il regime appena ricordato, che può essere considerato il nucleo sostanziale della direttiva, in quanto incide sul rapporto di lavoro, convive con un sistema accessorio, che tuttavia è essenziale per l'attuazione del primo: le norme nazionali di controllo e di polizia, volte a verificare il rispetto dei diritti dei suddetti lavoratori. È precisamente a questo gruppo che appartengono le disposizioni dell'ordinamento belga contestate nella presente causa. Tali norme, adottate ed applicate abitualmente dallo Stato ospitante, non rientrano nella categoria delle disposizioni sostanziali della direttiva: in primis, perché non sono menzionate nell'art. 3 e, in secondo luogo, perché l'art. 5 affida agli Stati membri la salvaguardia effettiva dei suoi obiettivi.

43. Da ciò deriva una conseguenza: nei limiti in cui il citato art. 5 conferisce agli Stati membri la facoltà di adottare misure che garantiscano l'osservanza della direttiva 96/71, la conformità di tali misure con il diritto dell'Unione deve essere valutata alla luce dei Trattati [26]. Pertanto, la causa in esame richiede l'interpretazione non tanto del citato art. 5, quanto piuttosto degli artt. 56 e 57 TFUE, che garantiscono la libera prestazione dei servizi, nonché le condizioni fondamentali che gli Stati membri devono rispettare per assicurare l'effettività di tale libertà.

26 — Sentenza 12 ottobre 2004, causa C-60/03, Wolff & Müller (Racc. pag. I-9553, punto 30).

44. Tale risultato, inoltre, è coerente con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha elaborato recentemente un'interpretazione ampia delle misure sostanziali della direttiva 96/71, con un'impronta chiaramente a favore della libera prestazione dei servizi. Come è noto, la citata sentenza Laval un Parteneri ha proposto una chiave di lettura dell'art. 3 della direttiva in parola che limita il margine di manovra [degli Stati membri] per imporre misure di protezione sociale diverse da quelle ivi elencate alle imprese straniere che distaccano lavoratori sul loro territorio. Tale lettura dell'art. 3 della direttiva 96/71 condiziona anche l'applicazione dell'art. 56 TFUE, e, più concretamente, lo standard del controllo da effettuare sulle misure nazionali di protezione dei lavoratori. Tale approccio, che non è esente da critiche e da ambiguità [27], è stato recentemente reiterato nelle cause Rüffert [28] e Commissione/Lussemburgo [29].

45. Tuttavia, quando i provvedimenti in questione riguardano le misure di controllo e di polizia adottate dagli Stati membri per garantire l'osservanza del detto art. 3 della direttiva 96/71, la Corte di giustizia ha confermato che il parametro di controllo rilevante è il Trattato. Così si deduce dalla citata sentenza Commissione/Lussemburgo, in cui la Corte di giustizia ha esaminato alcuni provvedimenti sostanziali nazionali alla luce dell'art. 3 della direttiva 96/71, lasciando le misure di controllo e di polizia soggette all'esame basato sui Trattati.

46. Pertanto, il criterio di valutazione, parimenti allo standard di controllo da applicare alle misure nazionali in discussione, è quello previsto nei Trattati, come è accaduto nella causa Arblade. Di conseguenza, la dottrina elaborata nell'ambito di tale causa risulta pienamente applicabile, nonostante la recente evoluzione affermatasi sulla scorta della sentenza Laval un Partneri.

47. Orbene, come ha anticipato la Corte di giustizia nella sentenza Arblade, siffatta conclusione non osta a che il giudice a quo «tenga conto, conformemente a un principio del suo diritto penale, delle più favorevoli disposizioni della direttiva 96/71 ai fini dell'applicazione del diritto interno, ancorché il diritto [dell'Unione] non comporti alcun obbligo in tal senso» [30]. Pertanto, e nella misura in cui la direttiva 96/71 preveda criteri che limitano la responsabilità penale degli imputati, essa potrà essere presa in considerazione al momento di applicare gli artt. 56 e 57 TFUE.

2. Le restrizioni alla libera prestazione dei servizi e la loro giustificazione

48. In uno scenario in cui è assente l'armonizzazione delle norme applicabili ai servizi,

27 — Kilpatrick, C., «The ECJ and Labour Law: A 2008 Retrospective», *Industrial Law Journal*, vol. 38, n. 2, Oxford University Press, 2009, pagg. 196-202.

28 — Sentenza 3 aprile 2008, causa C-346/06, Rüffert (Racc. pag. I-1989).

29 — Sentenza 19 giugno 2008, causa C-319/06, Commissione/Lussemburgo (Racc. pag. I-4323).

30 — Sentenza Arblade, cit. (punto 29).

gli ostacoli all'applicazione dell'art. 56 TFUE derivano, in taluni casi, dalla tendenza delle legislazioni nazionali ad imporsi a qualsiasi persona che si trovi sul territorio nazionale, compresi i prestatori di servizi che, essendo stabiliti in altri Stati membri, operino temporaneamente nel territorio dello Stato ospitante. La giurisprudenza ha ripetutamente affermato che tale libertà fondamentale esige non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi transfrontalieri a causa della sua nazionalità, ma altresì la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, quando sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi [31].

49. Pertanto, la Corte di giustizia ha accolto un'ampia nozione di «restrizione» con riferimento alla libera prestazione dei servizi, che spazia dal divieto effettivo di un'attività alla mera perdita di attrazione da parte di quest'ultima. Un'evoluzione che risulta coerente con lo sviluppo che ha caratterizzato altre libertà, segnatamente la libera circolazione delle merci.

50. A tenore dell'art. 52, n. 1, del TFUE, applicabile alla libera prestazione dei servizi grazie al rinvio operato dall'art. 62 TFUE, le restrizioni alla libertà possono essere giustificate per motivi di ordine pubblico, di sicurezza e di sanità pubblica. Tuttavia, qualora la restrizione derivi da una misura indistintamente applicabile che non genera una discriminazione diretta, la Corte di giustizia ha ammesso che, anche in tal caso, le misure restrittive sono giustificate «da ragioni imperative d'interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito» [32]. Tale giustificazione deve essere interpretata restrittivamente [33] e attraverso un controllo di proporzionalità [34].

51. Ciò nondimeno, a partire dal 1º dicembre 2009, data in cui è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, si deve tener conto di varie disposizioni di diritto primario in materia sociale che interessano l'ambito delle libertà. In concreto, il distacco di lavoratori, nei limiti in cui può modulare l'intensità della libera prestazione dei servizi, deve essere interpretato alla luce delle disposizioni sociali introdotte dal citato Trattato. Difatti, l'art. 9 TFUE contiene una clausola trasversale di protezione sociale

31 — Sentenze 25 luglio 1991, causa C-76/90, Säger (Racc. pag. I-4221, punto 12); 5 giugno 1997, causa C-398/95, SETTG (Racc. pag. I-3091, punto 16); 19 gennaio 2006, causa C-244/04, Commissione/Germania (Racc. pag. I-885, punto 30), e 1º ottobre 2009, causa C-219/08, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-9213, punto 13).

32 — V., in tal senso, la citata sentenza Arblade e a. (punto 34) e le sentenze 15 marzo 2001, causa C-165/98, Mazzoleni e ISA (Racc. pag. I-2189, punto 27); 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, Finalarte e a. (Racc. pag. I-7831, punto 33), nonché le citate sentenze International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union (punto 77) e Laval un Partneri, (punto 103).

33 — Sentenza nella causa C-319/06, Commissione/Lussemburgo, cit. (punto 30).

34 — Sentenza Arblade, cit. (punto 35).

che obbliga le istituzioni a prendere in considerazione le «esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Tale esigenza viene formulata dopo la dichiarazione, contenuta nell'art. 3, n. 3, TUE, che la costruzione del mercato interno si concretizza attraverso politiche basate su «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale».

52. Tale mandato sociale si riflette ancor più nitidamente nell'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali, testo che ora è entrato a far parte del diritto primario dell'Unione e in cui si dichiara che «[o]gni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose». Tra le condizioni enunciate è prevista una garanzia relativa alla durata del lavoro, ai periodi di riposo e alle ferie annuali che illustrano, sebbene non in modo esaustivo, un regime minimo di tutela a favore del lavoratore.

53. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona implica che, qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi d'interesse generale che giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, esse non devono più essere interpretate restrittivamente. Nella misura in cui la protezione del lavoratore diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai Trattati, non ci troviamo più dinanzi ad una mera deroga ad una libertà, né, tantomeno, dinanzi ad una deroga non scritta e ricavata dalla giurisprudenza. Il nuovo sistema del diritto primario, imponendo obbligatoriamente un elevato grado di protezione sociale, sta facendo sì che gli Stati membri, in nome della salvaguardia di un determinato livello di protezione sociale, possano giungere a porre limiti ad una libertà, e li autorizza a ciò senza che il diritto dell'Unione consideri siffatta limitazione atto straordinario e, in quanto tale, soggetto ad una valutazione restrittiva. Detta tesi, suffragata dai nuovi precetti dei Trattati poc'anzi ricordati, trova espressione, nella pratica, nell'applicazione del principio di proporzionalità.

54. Perciò, le misure di carattere sociale controverse dello Stato ospitante, per poter essere giustificate nei termini poc'anzi esposti, devono risultare idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto risulti necessario per realizzare il detto obiettivo. Tale criterio di proporzionalità, che la Corte di giustizia ha applicato regolarmente nella giurisprudenza in materia di libertà fondamentali, è comunemente conosciuto come, rispettivamente, il test dell'adeguatezza e della necessità.

55. Occorre pertanto stabilire se le misure controverse costituiscano una restrizione della libera prestazione dei servizi, e, successivamente, in caso di risposta affermativa, si dovrà valutare se esse siano giustificate applicando il controllo di proporzionalità. Tale

analisi deve essere effettuata in maniera individuale, esaminando separatamente ognuna delle misure in questione, e alla luce di un parametro di controllo che, in applicazione del Trattato, risulti particolarmente sensibile rispetto alla protezione sociale del lavoratore.

B — *Le misure di controllo adottate dal Belgio*

56. Il regime semplificato instaurato in Belgio nel 2002 esenta il prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro dall'obbligo di redigere determinati documenti previsti dal diritto del paese ospitante, sempreché il detto prestatore a) trasmetta al servizio belga di controllo delle leggi sociali una dichiarazione previa, relativa a ciascun lavoratore distaccato, conformemente ad un modello dettagliato, b) conservi e tenga a disposizione delle autorità competenti i documenti del paese di stabilimento dell'impresa che devono essere analoghi al conto individuale e alla liquidazione dei salari previsti dall'ordinamento belga e c) tale distacco temporaneo non sia superiore ai sei mesi.

57. Di conseguenza, il regime semplificato non si applica mai ai trasferimenti superiori a sei mesi, e la sua applicazione è esclusa anche per i trasferimenti inferiori a sei mesi laddove non venga soddisfatto il requisito della dichiarazione preventiva, caso in cui si applica il regime generale.

1. La dichiarazione previa di distacco

a) Impostazione

58. La Commissione e gli imputati nella causa principale sostengono che la dichiarazione richiesta, come anche le conseguenze della sua omissione, celerebbe in realtà una vera e propria autorizzazione che ostacola la libera prestazione dei servizi. Per contro, il governo belga sottolinea che la giurisprudenza comunitaria ha ammesso espressamente siffatta tecnica di controllo, negando che costituisca una condizione necessaria per poter sottrarsi al regime ordinario.

59. A prescindere dagli argomenti esposti dal Belgio, tutto indica trattarsi di una restrizione della libera prestazione dei servizi, dato che lo Stato membro rompe l'uguaglianza delle condizioni tra il prestatore straniero e quello nazionale, richiedendo tale dichiarazione solo da parte del primo.

60. Per cominciare, si deve ricordare che la giurisprudenza ha affermato che una dichiarazione preventiva si giustifica ai fini della tutela dei lavoratori [35]. Non si può, infatti, obiettare nulla circa l'obbligo imposto al pre-

35 — Sentenze 21 ottobre 2004, causa C-445/03, Commissione/Lussemburgo (Racc. pag. I-10191, punto 46); Commissione/Germania, cit. (punti 41 e 42), e Commissione/Belgio, anch'essa cit. (punto 16).

statore di servizi di rendere una dichiarazione che attesti che i lavoratori interessati si trovano in una situazione regolare, in particolare per quanto concerne le condizioni di residenza, il permesso di lavoro e la copertura previdenziale, nello Stato membro in cui la detta impresa li occupa. Una misura di tal genere non eccede quanto necessario per evitare gli abusi cui può portare l'attuazione della libertà di prestazione dei servizi.

61. Come sarà esposto nei successivi paragrafi, tale giustificazione è sostenibile con successo rispetto sia al *contenuto* sia alla *forma* della dichiarazione. Tuttavia, il fatto di aver previsto che l'accettazione della dichiarazione debba avvenire *prima* del distacco, nonché taluni aspetti relativi all'*applicazione pratica* della dichiarazione medesima, destano dubbi circa la compatibilità di tale misura con l'art. 56 TFUE.

b) Sul contenuto della dichiarazione

62. I dati che, a tenore dell'art. 4 del regio decreto 29 marzo 2002, devono essere contenuti nella previa dichiarazione non suscitano troppi dubbi dopo una loro analisi effettuata alla luce dei Trattati. Come sostenuto dagli Stati che hanno presentato osservazioni, tale informazione dettagliata ha lo scopo di provare, conformemente ai criteri forniti dalla direttiva 96/71, la regolarità della situazione in cui si trovavano i lavoratori distaccati nello Stato di origine e altresì di determinare i diritti che dovrebbero essere riconosciuti ai detti lavoratori nel luogo della prestazione temporanea dei servizi. Tali dati, inoltre, sono indispensabili per stabilire quale sia la normativa più favorevole ai lavoratori. Le informazioni dettagliate concernenti il datore di lavoro, i lavoratori stessi [36], nonché la menzione delle condizioni di lavoro applicabili, e più in particolare, della durata settimanale del lavoro e degli orari, hanno lo scopo di verificare la regolarità dell'occupazione dei lavoratori nello Stato di origine. Pertanto, l'obiettivo di indicare i diritti riconosciuti ai dipendenti nello Stato ospitante risulta proporzionato alla richiesta di informazioni circa «il tipo delle prestazioni di servizi effettuate nell'ambito del distacco, la data di inizio del distacco, la durata prevista di quest'ultimo e il luogo in cui verranno eseguite le prestazioni lavorative».

63. Analogamente, l'indicazione del luogo in cui vengono tenuti a disposizione e conservati i documenti equivalenti, parimenti alle informazioni circa la persona che se ne fa carico in Belgio, risulta coerente con una efficace protezione dei lavoratori. In tal senso si è espressa la Corte nella sentenza Arblade, quando ha affermato che tale protezione, segnatamente in materia di sicurezza e salute, nonché in materia di tempo di lavoro, «può rendere necessario tenere a disposizione taluni documenti nel cantiere o, quanto meno, in un luogo accessibile e chiaramente identificato del territorio dello Stato membro ospitante per le autorità di tale Stato incaricate di effettuare i controlli, in particolare in mancanza di un sistema organizzato di cooperazione

36 — Con particolare rilievo alla «data di stipulazione del contratto di lavoro, alla data di inizio dell'occupazione in Belgio e alla funzione svolta».

o di scambio d'informazioni fra Stati membri, quale previsto dall'art. 4 della direttiva 96/71».

c) La forma della dichiarazione

64. Neppure l'obbligo di redigere la dichiarazione seguendo un modello tipo deve essere considerato un onere eccessivo per il prestatore di servizi poiché, anzi, si tratta di una misura che apporta chiarezza giuridica e facilita al prestatore medesimo il compito di inviare la dichiarazione. Inoltre, il prestatore di servizi può compilare il formulario nella propria lingua [37].

d) La certificazione di conformità anteriore al distacco

65. Una riflessione più accurata meritano le disposizioni dell'ordinamento belga che integrano la normativa in questione, specialmente quelle che esentano l'interessato dalla redazione e dalla tenuta dei documenti sociali belgi, allorquando l'Ispettorato certifichi «la ricezione e la conformità della detta dichiarazione» entro cinque giorni lavorativi dal giorno in cui ha ricevuto la dichiarazione, rilasci a quest'ultima un numero di registrazione e lo notifichi al datore di lavoro.

66. Il Belgio qualifica il sistema della dichiarazione preventiva come una «mera procedura di notifica» [38], negando che si tratti di una condizione necessaria per procedere al distacco di lavoratori. Tuttavia, tale interpretazione sembra contraddetta da un'altra affermazione dello stesso Stato membro, secondo cui «l'applicazione del regime semplificato è subordinata all'invio di una dichiarazione di distacco» [39], nonché dalla formulazione delle disposizioni che disciplinano quest'ultima.

67. È vero che, a tenore della citata sentenza della Corte Commissione/Germania, un controllo ex ante da parte delle autorità del paese ospitante «eccede quanto è necessario per prevenire gli abusi cui può dar luogo l'attuazione della libertà di prestazione dei servizi» [40]. La verifica preventiva dei requisiti si oppone alla finalità meramente informativa che la giurisprudenza attribuisce a questo tipo di comunicazioni, che consiste unicamente nel consentire alle autorità nazionali «di controllare tali dati a posteriori e di adottare le misure necessarie in caso di irregolarità della situazione dei detti lavoratori» [41].

37 — Chiarimento fornito all'udienza dal rappresentante del governo belga.

38 — Punto 32 della memoria d'intervento.

39 — Punto 31 della memoria d'intervento.

40 — Causa C-244/04, Commissione/Germania (punto 42).

41 — Ibidem (punto 41).

68. Analogamente, è importante aggiungere che, con riferimento al distacco di lavoratori di uno Stato terzo che facciano parte del personale dipendente di un'impresa stabilita nell'Unione, la giurisprudenza ha censurato il fatto che la disposizione nazionale subordini l'esercizio delle prestazioni di tali lavoratori alla concessione di un'autorizzazione amministrativa [42]. Sembra pertanto ragionevole che la Corte di giustizia mantenga una posizione analoga quando si tratta di lavoratori subordinati cittadini dell'Unione, come nel caso dei dipendenti della Termiso Limitada.

69. Il caso in esame presenta tuttavia una peculiarità rispetto alla giurisprudenza riguardante i cittadini di Stati terzi, poiché alla previa dichiarazione, che è compito del datore di lavoro effettuare, deve seguire necessariamente la concessione di un numero di registrazione da parte delle autorità belghe. Come ho rilevato nei paragrafi precedenti, la dichiarazione di conformità delle autorità dello Stato ospitante non sempre implicherà la verifica della circostanza che il distacco intenda rispettare tutte le condizioni imposte dalla normativa sociale. Al contrario, la dichiarazione di conformità può essere considerata una formalità che si limita a dare atto che la dichiarazione è stata correttamente redatta. Ciò nondimeno, il regime belga deve essere valutato in maniera diversa allorché si constata che è impossibile iniziare la prestazione di servizi prima che al datore di lavoro sia assegnato e notificato il numero di registrazione della sua dichiarazione, senza il quale, come è stato appurato, non si può effettuare il distacco dei lavoratori.

70. Di conseguenza, la mera trasmissione di informazioni alle autorità del paese ospitante, così come la conferma della ricezione delle informazioni stesse, hanno la capacità potenziale di convertirsi in meccanismi di controllo e di autorizzazione che precedono l'inizio della prestazione. Un simile risultato difficilmente si concilia con i Trattati, tanto meno se lo si analizza dal punto di vista dell'efficacia.

e) L'efficacia amministrativa della dichiarazione

71. È evidente che la conoscenza delle circostanze in cui si inserisce un determinato rapporto di lavoro facilita l'attività ispettiva. Con la certificazione di conformità della dichiarazione preventiva, il contenuto del rapporto di lavoro viene portato alla conoscenza dell'ispettore allo scopo di evitare eventuali irregolarità che potrebbero presentarsi prima dell'inizio della prestazione. Così, qualora venissero individuate tali irregolarità, il datore di lavoro non otterrebbe il numero di registrazione (poiché, come ho accennato in precedenza, senza registrazione non si può procedere né al distacco né all'esecuzione del lavoro), evitando all'ispettore di dover verificare tali irregolarità sul posto di lavoro.

42 — A tenore delle sentenze 9 agosto 1994, causa C-43/93, Vander Elst (Racc. pag. I-3803, punto 15); causa C-445/03, Commissione/Lussemburgo, cit. (punto 24), e Commissione/Germania, cit. (punto 34), tale requisito costituisce una restrizione della libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 CE.

72. Tuttavia, dal punto di vista dell'art. 56 TFUE, tale efficacia in termini di gestione non giustifica il fatto di condizionare il distacco dei lavoratori all'accettazione della relativa dichiarazione attraverso il rilascio di un numero di registrazione.

73. La sentenza Arblade è categorica quando dichiara che il criterio di agevolare l'adempimento del dovere di controllo da parte delle autorità competenti «non basta, per giustificare una simile restrizione alla libera prestazione dei servizi», aggiungendo che «[è] necessario, inoltre, che le autorità non siano in grado di adempiere in modo efficace il loro compito di controllo» [43]. Sulla stessa linea, la sentenza Commissione/Lussemburgo ha considerato sproporzionata la misura che imponeva la conservazione di determinati documenti presso un mandatario residente in Lussemburgo, dichiarando che il Granducato «non ha presentato alcun elemento concreto a sostegno della tesi secondo la quale solo la conservazione dei documenti in questione presso un mandatario residente in Lussemburgo consentirebbe alle suddette autorità di effettuare i controlli di loro competenza» [44].

74. I dati contenuti nella dichiarazione risultano abbastanza chiari da consentire l'attività di controllo ex post, non essendo visibile in che modo la subordinazione dell'accettazione della dichiarazione nel termine di cinque giorni risulti necessaria ai fini dell'esercizio di tale attività.

75. Una simile esigenza non comporta neppure un vantaggio effettivo né supplementare per i lavoratori distaccati rispetto a quello che verrebbe loro arrecato da un controllo a posteriori [45]. Di fatto, la stessa esistenza della controversia nazionale, in cui si riflettono gli accertamenti delle autorità in ordine ai diritti salariali dei lavoratori della Termiso Limitada, costituisce una prova del fatto che il controllo preventivo della dichiarazione individuale di distacco non è determinante ai fini dei compiti dell'Ispettorato belga.

76. D'altro lato, rispetto al termine di cinque giorni di cui dispongono le autorità belghe per confermare la ricezione e rilasciare un numero di registrazione, è stato appurato che tale lasso di tempo, benché breve, può ostacolare la libera prestazione dei servizi di cui beneficiano imprese come la Termiso, in quanto lo sviluppo del tipo di servizi offerti richiede un distacco quasi immediato dei lavoratori in Belgio [46], e che la detta impresa non potrebbe realizzare qualora dovesse aspettare risposta dell'Ispettorato entro tale termine. Per esempio, un regime di silenzio assenso, in virtù del quale si presuma la concessione del numero qualora l'autorità non dia una risposta entro il termine previsto, potrebbe costituire un metodo alternativo. Tale soluzione mostra, pertanto, che esistono mezzi meno gravosi dell'attesa della conferma di ricezione e del rilascio del numero di registrazione, ragione per cui si conferma che l'analisi della misura

43 — Sentenza Arblade, cit. (punto 76).

44 — Sentenza nella causa C-319/06, Commissione/Lussemburgo, cit. (punto 91).

45 — Il criterio del beneficio supplementare per i lavoratori, sebbene applicato limitatamente al confronto delle legislazioni dei paesi di origine e ospitanti, viene posto in risalto nella sentenza Finalarte e a., cit.

46 — Come espongono gli argomenti degli imputati nella causa principale, corroborati all'udienza, riparazioni come quelle eseguite dalla Termiso esigono il distacco urgente di lavoratori.

in questione non supera il test del controllo di proporzionalità [47].

f) Sintesi

77. Alla luce degli argomenti esposti, gli artt. 56 e 57 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale che subordina il distacco di lavoratori e l'inizio effettivo della prestazione dei servizi alla conferma della ricezione e della conformità della dichiarazione di distacco entro un termine di cinque giorni lavorativi a decorrere dalla data in cui l'Ispettorato l'abbia ricevuta.

2. I documenti dello Stato di stabilimento equivalenti a quelli dello Stato ospitante

a) Impostazione

78. La seconda misura sulla quale il Rechtbank nutre dubbi è quella che obbliga l'impresa stabilita in un altro Stato membro a tenere a disposizione delle autorità competenti determinati documenti del paese di origine che siano analoghi a quelli del paese ospitante, segnatamente i documenti che si riferiscono al conto individuale e alla liquidazione dei salari ai sensi della normativa belga.

79. Il divieto del «duplice controllo», unitamente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, consentono di affermare che la direttiva 96/71 richiede che sussista un grado ragionevole di equivalenza tra i meccanismi di garanzia vigenti nello Stato ospitante e quelli imposti nello Stato di origine del datore di lavoro. Spesso, tale comparabilità dei requisiti viene frequentemente richiesta riguardo ai documenti sociali, abituale punto di partenza per l'ispezione del lavoro.

80. Nelle sue conclusioni presentate nella causa Arblade, l'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer ha analizzato l'operatività del menzionato requisito dell'equivalenza, ponendo in rilievo che gli Stati ospitanti «devono tuttavia assicurarsi che dette imprese non adempiano già obblighi analoghi in forza della legislazione del loro Stato membro di stabilimento, avendo riguardo non tanto alla denominazione dei vari documenti, quanto piuttosto al loro contenuto e al loro scopo. In tal caso, dovranno riconoscere l'equivalenza delle norme dello Stato di stabilimento». Di conseguenza, gli Stati ospitanti «potranno esigere [dai prestatori di servizi] che si conformino alla loro legislazione solo qualora essa completi la legislazione dello

47 — Assai significativo è il fatto che ciò sia stato riconosciuto dall'agente della Commissione all'udienza.

Stato di stabilimento, e non vi si sovrapponga» (paragrafo 89).

81. La Corte ha fatto propria tale impostazione nella sentenza pronunciata in quella causa, affermando che l'obbligo di redigere e di tenere i documenti nello Stato membro ospitante «comporta costi e oneri amministrativi ed economici supplementari per le imprese stabilite in un altro Stato membro, cosicché tali imprese non si trovano su un piano di parità, dal punto di vista della concorrenza, con i datori di lavoro stabiliti nello Stato membro ospitante» (paragrafo 58). La Corte ha dichiarato che «il solo fatto che esistano talune differenze di forma o di contenuto non può giustificare la tenuta di due serie di documenti, conformi, gli uni alla normativa dello Stato membro di stabilimento, gli altri a quella dello Stato membro ospitante, ove le informazioni fornite dai documenti richiesti dalla normativa dello Stato membro di stabilimento siano globalmente sufficienti a permettere i controlli necessari nello Stato membro ospitante» [48]. Conseguentemente, la Corte è giunta alla conclusione che «l'imposizione di un obbligo del genere integra pertanto gli estremi di una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 59 del Trattato» [49].

82. La dottrina stabilita con la sentenza Arblade sottende il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri, poiché, in definitiva, il diniego del «duplice onere» implica l'accettazione del diritto dell'altro Stato membro (quello vigente nel paese di origine), quale strumento valido per la difesa dell'interesse generale nel paese ospitante.

83. Sulla scorta di quanto precede, si potrebbe affermare che il requisito dei documenti del paese di origine (esaminato in abstracto, senza considerare gli obblighi di custodia e di conservazione) non costituisce una restrizione ai sensi dell'art. 56 TFUE, dato che, da un lato, l'impresa deve redigere i detti documenti nello Stato in cui è stabilita, parimenti alle altre imprese, e, dall'altro, anche le imprese stabilite nel luogo in cui viene eseguita la prestazione devono presentare i documenti «equivalenti» in forza della legislazione belga. Ciononostante, le caratteristiche concrete del regime belga, e, specialmente, l'obbligo di conservazione dei citati documenti, possono portare, come dimostrerò in seguito, ad un diverso risultato.

b) I documenti equivalenti al conto individuale e la busta paga del paese ospitante

84. Senza entrare nel merito dell'opzione che, secondo il governo belga, il suo sistema offre al prestatore di servizi (avvalersi del sistema semplificato oppure provvedere direttamente alla redazione dei documenti

48 — Sentenza Arblade, cit. (punto 64).
49 — Ibidem (punto 59).

previsti dall'ordinamento belga), si rileva che il regime semplificato ha l'obiettivo di esimere il datore di lavoro dall'espletamento di taluni adempimenti, come la redazione e la custodia di determinati documenti (tra i quali, il conto individuale e la distinta di pagamento) che, conformemente all'art. 56 TFUE, possono essere imposti nei casi di distacco temporale dei lavoratori solo qualora la tutela sociale di questi ultimi non venga garantita attraverso i documenti previsti dalla normativa dello Stato membro di stabilimento dell'impresa.

85. Gli argomenti del Belgio confermano tale interpretazione: posto che la sentenza Arblade osta all'istituzione di un obbligo generale che imponga ai datori di lavoro stranieri di redigere il conto individuale previsto dal diritto belga, quest'ultimo esenta il datore di lavoro da tale onere qualora siano soddisfatte alcune condizioni.

86. La giurisprudenza ha infatti delineato un criterio principale ed un altro criterio sussidiario, affidando un compito preciso alle autorità e, eventualmente, agli organi giurisdizionali dello Stato membro ospitante, affinché «verifichino successivamente — prima di pretendere la redazione e la tenuta sul territorio di tale Stato dei documenti sociali o di lavoro conformi alla loro propria normativa — che la tutela sociale dei lavoratori che giustifica tali obblighi non sia sufficientemente garantita mediante la produzione, entro un termine ragionevole, dei documenti tenuti nello Stato membro di stabilimento o della loro copia» [50].

87. Nel caso in cui il datore di lavoro non possieda i detti documenti equivalenti, la normativa dello Stato ospitante lo obbliga a redigere e a tenere il conto individuale e la busta paga previsti dall'ordinamento belga. Pertanto, non si può censurare un regime che richiede documenti sociali equivalenti a quelli previsti nel paese di stabilimento, relegando su un piano sussidiario il requisito imposto dal regime di documentazione ordinario. È evidente che tale impostazione risulta compatibile con la dottrina affermata dalla Corte di giustizia nella sentenza Arblade.

88. Orbene, più difficilmente si potrebbe giustificare il fatto che il Belgio limiti l'applicazione della detta dottrina della Corte di giustizia solamente ai trasferimenti di lavoratori inferiori ai sei mesi, dato che anche i trasferimenti di durata superiore a sei mesi rientrano nell'art. 56 TFUE. In definitiva, i trasferimenti di lavoratori che eccedono i sei mesi continuano ad essere temporanei, come si deduce dalle sentenze Rush Portuguesa, Vander Elst, Finalarte, o Commissione/Lussemburgo, in cui la Corte ha precisato che, in quanto i lavoratori sono trasferiti per conto di un'impresa che non si stabilisce nello Stato ospitante, bensì presta servizi in tale Stato, i lavoratori distaccati «non intendono accedere

50 — Sentenza Arblade, cit. (punto 65).

al mercato del lavoro dello Stato membro nel quale sono distaccati» [51].

c) Il contenuto dei documenti

89. Sul conto individuale di ogni lavoratore sono riportate tutte le prestazioni effettuate da quest'ultimo in un anno nonché la retribuzione percepita. La busta paga, che viene inviata al lavoratore per ogni periodo di retribuzione, indica le modalità precise di calcolo delle retribuzioni del lavoratore con le relative trattenute.

90. È evidente che tali due documenti risultano idonei al fine di chiarire quali siano i diritti economici del lavoratore, in quanto consentono di accertare se siano stati rispettati i limiti stabiliti, vuoi dalla legge, vuoi dal contratto collettivo, e altresì di verificare se siano stati effettivamente retribuiti tutti i giorni in cui il lavoratore ha prestato servizio, inclusi i giorni festivi e le ferie annuali, risultando pertanto necessari anche al fine di verificare il salario minimo e la controprestazione per le ore di lavoro straordinario. Inoltre, la tenuta dei detti due documenti risulta necessaria per comparare i diritti del lavoratore dipendente nelle diverse legislazioni e, nel rispetto dell'equivalenza dei documenti dello Stato di stabilimento con i documenti dello Stato ospitante, risulta meno gravosa rispetto ad altre misure alternative, come l'obbligo di redigere direttamente i documenti belgi.

d) La conservazione dei documenti

91. Nell'ambito della conservazione dei documenti si devono distinguere tre aspetti diversi: il primo, relativo alla messa a disposizione e alla conservazione dei documenti equivalenti durante il periodo in cui sono occupati i lavoratori distaccati in Belgio; il secondo, che estende l'obbligo di custodia dei documenti fino a cinque anni a decorrere dalla scadenza del periodo di sei mesi trascorso dopo il primo distacco, e il terzo, attinente al luogo dove devono essere conservati i documenti stessi, vale a dire il luogo di lavoro presso il quale è distaccato il lavoratore o il domicilio belga di una persona fisica che li conservi in qualità di mandatario.

92. Rispetto all'estensione del detto obbligo nel tempo, giova ricordare che il sistema

51 — V. sentenze 27 marzo 1990, causa C-113/89, Rush Portuguesa (Racc. pag. I-1417, punto 15); Vander Elst, cit. (punto 21); Finalarte e a., cit. (punto 22); causa C-445/03, Commissione/Lussemburgo, cit. (punto 38).

organizzato di cooperazione o di scambio di informazioni fra Stati membri previsto dall'art. 4 della direttiva 96/71 rende superflua la conservazione dei documenti nello Stato membro ospitante dopo che il datore di lavoro ha cessato di occuparvi lavoratori [52]. D'altra parte, la giurisprudenza ha riconosciuto il dovere di «conservare taluni documenti presso il domicilio di una persona fisica residente nello Stato membro ospitante», ma limitatamente alla durata del distacco [53]. Pertanto, se l'obbligo di conservare i documenti equivalenti per la durata del distacco concerne la proporzionalità, più discutibile risulta invece che tale obbligo si protragga per i cinque anni successivi alla prestazione, e ciò viene confermato nei punti 77 e 78 della sentenza Arblade nonché nei punti 90-94 della sentenza C-319/06, Commissione/Lussemburgo. Il fatto che gli Stati membri dispongano di meccanismi di cooperazione alternativi che possono sostituire il detto onere gravante sul datore di lavoro, e che, inoltre, comporta costi di gestione che ostacolano inutilmente la prestazione dei servizi in uno Stato membro diverso da quello di stabilimento, conferma che si tratta di una condizione sproporzionata e quindi contraria all'art. 56 TFUE.

e) Riepilogo

93. Da tutte le precedenti considerazioni si deduce che gli artt. 56 e 57 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una legislazione nazionale che richiede la presentazione di determinati documenti del paese di stabilimento (nel caso di specie, il conto individuale e la busta paga previsti dal regime belga) che siano equivalenti a quelli che devono essere redatti nello Stato ospitante. Al contrario, un regime come quello belga, che richiede la conservazione di determinati documenti dello Stato di stabilimento che siano equivalenti a quelli dello Stato ospitante, dopo la cessazione del distacco effettivo dei lavoratori, è sproporzionato e non trova giustificazione alla luce degli artt. 56 e 57 TFUE. La stessa obiezione merita un sistema che esige direttamente la redazione dei documenti dello Stato ospitante nei trasferimenti temporali di lavoratori di durata superiore a sei mesi.

52 — Sentenza nella causa C-319/06, Commissione/Lussemburgo, cit. (punto 92) e Arblade, cit. (punto 79).

53 — Così si evince, a contrario, dal punto 74 della sentenza 18 luglio 2007, causa C-490/04, Commissione/Germania (Racc. pag. I-6095): «Certo, ancorché, al punto 76 [della sentenza Arblade], la Corte abbia dichiarato che non basta, per giustificare la restrizione alla libera prestazione dei servizi consistente nell'imporre a un datore di lavoro straniero di conservare taluni documenti presso il domicilio di una persona fisica residente nello Stato membro ospitante, che la presenza di tali documenti nel detto Stato possa genericamente agevolare l'adempimento del compito di controllo delle autorità di tale Stato, il citato punto della detta sentenza riguardava tuttavia l'obbligo per il datore di lavoro di tenere a disposizione delle autorità competenti taluni documenti sebbene non occupasse più lavoratori dello Stato membro ospitante».

VII — Conclusione

94. Alla luce delle precedenti considerazioni, suggerisco alla Corte di giustizia che risolva la presente questione pregiudiziale dichiarando che:

«1) Gli artt. 56 e 57 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una legislazione nazionale che subordina il distacco dei lavoratori e l'inizio effettivo della prestazione di servizi alla certificazione della ricezione e della conformità di tale dichiarazione, entro il termine di cinque giorni lavorativi a decorrere dalla data in cui l'Ispettorato ha ricevuto quest'ultima.

2) Gli artt. 56 e 57 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad un regime nazionale che impone la presentazione di determinati documenti del paese di stabilimento (nel caso di specie, il conto individuale e la busta paga previsti dal regime belga) che siano equivalenti a quelli che devono essere redatti nello Stato ospitante. Per contro, gli artt. 56 e 57 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad un regime nazionale che richiede

— la conservazione di determinati documenti dello Stato di stabilimento che siano equivalenti a quelli dello Stato ospitante, dopo la cessazione del distacco effettivo dei lavoratori,

— la tenuta di documenti dello Stato ospitante per i trasferimenti temporanei di lavoratori di durata superiore a sei mesi».