

LA NUOVA DIRETTIVA EUROPEA SULL'ACQUISIZIONE E SALVAGUARDIA DEI DIRITTI PENSIONISTICI COMPLEMENTARI ALLA PROVA CON IL DIRITTO NAZIONALE ITALIANO

THE NEW EUROPEAN DIRECTIVE ON THE ACQUISITION AND SAFEGUARDING OF COMPLEMENTARY PENSION RIGHTS TO THE TEST WITH ITALIAN NATIONAL LAW

Di Michele Squeglia¹

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sfera di applicazione della direttiva 2014/50/UE: il “collegamento” dei regimi pensionistici complementari a un rapporto di lavoro. – 3. I “requisiti minimi” di acquisizione dei diritti pensionistici complementari. – 4. La tutela dei “diritti giacenti” nell’ambito del regime nel quale sono acquisiti. – 5. Il diritto di informazione sulle conseguenze della cessazione del rapporto di lavoro.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The scope of Directive 2014/50 / EU: the "link" of supplementary pension schemes to an employment relationship. 3. The "minimum requirements" for the acquisition of supplementary pension rights. 4. Protection of "dormant rights" under the regime in which they are acquired. 5. The right to information on the consequences of termination of employment.

1 INTRODUZIONE

Il prossimo recepimento della direttiva 2014/50/UE del 16 aprile 2014 – previsto entro il 21 maggio 2018 – avente ad oggetto «i requisiti minimi per accrescere la mobilità dei lavoratori tra Stati membri migliorando l’acquisizione e la salvaguardia dei diritti pensionistici complementari» – se porrà, da un lato, delicate e specifiche questioni di trasposizione, attinenti al principio della “libera circolazione delle persone” e della “mobilità professionale” con specifico riferimento ai sistemi pensionistici complementari dei diversi Stati membri, dall’altro, avrà modo di convalidare l’archetipo dell’impianto regolatorio introdotto dal legislatore italiano con il d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, e, più in generale, del sistema di previdenza complementare.

La chiave di collegamento per comprendere la direttiva è offerta dal principio della libertà di circolazione delle persone (*ex art. 45 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea*) che, lungi dall’essere disperso nel momento in cui si tratta di ridurre gli «ostacoli alla mobilità dei lavoratori creati da alcune regole concernenti i regimi pensionistici

Artigo recebido em 20/04/2018.

Artigo aprovado em __/__/__

¹ Professore di Diritto del Lavoro nell’Università degli Studi di Milano; Dottore di Ricerca in Diritto del Lavoro nell’Università degli Studi di Bergamo; Master in Assicurazioni, Assistenza e Previdenza nell’Università di Castellanza; Specialista in Diritto del Lavoro nell’Università degli Studi di Napoli Federico II.

complementari», è recuperato e legislativamente modellato nei nuovi termini del dettato comunitario allo scopo di «migliorare e salvaguardare i diritti pensionistici complementari degli iscritti a tali regimi [...], riducendo gli ostacoli creati da alcune regole relative ai regimi pensionistici complementari collegati a un rapporto di lavoro [...]». All'evidenza, la questione si presenta affatto marginale per quegli Stati membri nei quali la previdenza complementare è significativamente diffusa. Specie se quella libertà, che consente ai lavoratori di trasferirsi in zone in cui vi è mancanza di manodopera o vi sono maggiori possibilità di occupazione, superando le strozzature che operano sul mercato del lavoro, finisse per scontrarsi con decisioni di natura previdenziale che farebbero desistere il lavoratore dal servirsene a causa del più elevato livello di protezione promesso dal proprio Paese di origine. E ciò differentemente dalla parallela libertà di prestazione di servizi (*ex art. 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*) che attiene segnatamente al diritto delle imprese di prestare servizi in un altro Stato membro distaccando temporaneamente i dipendenti in tale Stato alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini. Prima di procedere all'analisi di merito della direttiva, sia consentita qualche riflessione sul contesto generale nel quale il legislatore comunitario si è mosso.

Dal fitto reticolato normativo si evince che solo in tempi relativamente recenti la previdenza complementare ha assunto un ruolo rilevante nel quadro europeo della sicurezza sociale. Del resto, se «la creazione di un grande mercato interno non deve essere finalizzata a rafforzare solo il settore dell'economia, del commercio, dei servizi, ma anche a cercare basi comuni per migliorare il benessere di tutti i cittadini, realizzare i diritti sociali fondamentali degli stessi e creare uno spazio sociale europeo che garantisca un'integrazione non solo a livello economico, ma anche sociale tra gli Stati membri» (R. PESSI, P. SANDULLI, *Le prospettive comunitarie in materia di previdenza integrativa*, in G. GEROLDI, T. TREU (a cura di), *Crisi e riforma dei sistemi pensionistici in Europa*, Franco Angeli, 1993, 216), ciò non significa che la protezione, per l'appunto, sociale dei lavoratori e, in particolare, il sistema della previdenza complementare, siano stati assistiti fin dall'origine da una organica regolazione, trattandosi per converso di materia eterogenea per normativa, fini e valutazione.

Solo quando è emerso il problema rappresentato dall'invecchiamento demografico, dalla copertura di mezzi adeguati di vita all'atto del pensionamento e, più in generale, dalla crisi del sistema previdenziale obbligatorio, si è manifestata la maggiore consapevolezza degli Stati membri sul ruolo della previdenza di secondo livello come «strumento in grado di svolgere almeno in parte i compiti specifici della previdenza pubblica» (cfr. P. LOI, *Fonti e disciplina della previdenza complementare nel diritto comunitario*, in A. TURSI (a cura di), *Le*

fonti normative e negoziali della previdenza complementari in Europa, Giappichelli, 2013, tomo II, 11; M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare: l'esperienza italiana in prospettiva europea*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Il Mulino, 2007, 213 ss.; P. OLIVELLI, *Previdenza complementare e obbligatoria, complementare e privata*, in P. OLIVELLI, R. PESSI (a cura di), *La previdenza complementare nella Comunità Europea*, Giuffrè, 1992, 18 ss.).

Ne sono prova i regolamenti comunitari, emanati al fine di disciplinare i regimi di sicurezza sociale per i lavoratori subordinati, autonomi e i loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, che hanno costantemente escluso dal loro ambito di applicazione i regimi pensionistici complementari (cfr. i primi quattro commi del regolamento CE n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 che ha sostituito il precedente regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971), ivi comprese le regole in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi.

Così, una volta ammessa la “rilevanza sociale” della progettazione e dell'attuazione della previdenza complementare, il problema si è spostato sulla necessità di evitare che le diverse discipline nazionali potessero in qualche modo generare condizionamenti alla libertà di circolazione dei lavoratori (cfr. L. NOGLER, *Quale sicurezza sociale nell'Unione Europea?*, in *RGL*, 1994, 50) e, conseguentemente, sui possibili rimedi da adottare nei casi di eventuali e possibili conflitti.

Dagli atti della Commissione europea, formulati dalla fine degli anni Ottanta e agli inizi degli anni Novanta (in particolare, le comunicazioni del 29 novembre 1989 e del 22 luglio 1991), emerge chiara la possibilità di valorizzare, sulla base delle previsioni contenute nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 (e in particolare dell'art. 18), il diritto dei lavoratori alle prestazioni di sicurezza sociale «d'un niveau suffisant» e gli «interessi sociali oggettivi» connessi alla previdenza complementare (si veda M. DE LUCA, *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: profili problematici e prospettive*, in *FI*, V, 1990, 129; S. SCIARRA, *Riflessioni sulla Carta Europea dei diritti fondamentali*, in *ADL*, 2001, 408).

Un siffatto posizionamento della protezione sociale non poteva non produrre effetti rilevanti sul piano dell'interpretazione del dato normativo. Difatti, anche la giurisprudenza comunitaria aveva riconosciuto, da tempo risalente, anche se con indirizzi non sempre coerenti, che «lo scopo degli artt. 48-51 del Trattato non sarebbe raggiunto se i lavoratori migranti, a seguito dell'esercizio del loro diritto alla libera circolazione, fossero privati dei

vantaggi previdenziali garantiti loro dalle leggi di uno Stato membro; una tale conseguenza potrebbe dissuadere il lavoratore comunitario dall'esercitare il diritto alla libera circolazione e costituirebbe pertanto un ostacolo a tale libertà» (C. giust., sez. VI, 4 ottobre 1991, causa C-349/87, *Paraschi*; si vedano anche C. giust. 7 marzo 1991, causa C-10/90, *Masgio*, punto 18 della motivazione; C. giust. 22 febbraio 1990, causa C-228/88, *Bronzino*, punto 12 della motivazione).

È con il *Libro verde sui regimi pensionistici integrativi nel mercato unico* del 10 giugno 1997, COM(1997)283 def., che i timori, dapprima solo paventati, finiscono per concretizzarsi nella specifica individuazione dei profili nascenti dall'applicazione della disciplina della previdenza complementare che possono effettivamente compromettere la mobilità transfrontaliera nell'Unione europea. In specie, si argomenta di «un'azione legislativa a livello comunitario, limitata, per lo meno nella fase iniziale», al mantenimento dei diritti acquisiti per i contribuenti che cessano l'adesione attiva ad un regime pensionistico integrativo a seguito di un trasferimento per motivi di lavoro da uno Stato membro all'altro; ovvero alla garanzia dell'applicazione del principio attinente alla libera circolazione dei capitali e dei pagamenti e dell'individuazione di misure idonee affinché vengano pagate in altri Stati membri tutte le prestazioni spettanti in virtù del regime di pensione integrativa; e, infine, all'agnizione di criteri che consentano ai lavoratori, temporaneamente distaccati dal datore di lavoro in un altro Stato membro, di continuare a versare contributi al sistema pensionistico integrativo del Paese in cui hanno precedentemente lavorato. Particolarmente significativi sono i passaggi argomentativi del Libro verde dedicati alla indispensabilità di regole aventi ad oggetto l'acquisizione definitiva dei diritti da parte del lavoratore di uno Stato membro e quelle relative alla trasferibilità da uno Stato membro all'altro dei diritti pensionistici maturati. Nel primo caso, si precisa che «qualsiasi cambiamento di posto di lavoro prima di aver acquisito un diritto ai fini pensionistici implica che per tale periodo contributivo non verrà erogata alcuna pensione di anzianità [...] il trasferimento oltre confine per motivi di lavoro comporta l'adesione ad un nuovo regime pensionistico. Ciò può essere pertanto considerato un ostacolo alla mobilità transfrontaliera della manodopera».

In ordine alle difficoltà connesse alla trasferibilità, la Commissione si sofferma sulla natura degli ostacoli, da collegare al trasferimento dei diritti acquisiti ad un sistema pensionistico di un altro Stato membro diverso da quello nel quale i contributi sono stati versati, che «possono prendere la forma di leggi o di disposizioni attuative dei regimi pensionistici». Ne consegue allora che «il computo degli importi trasferibili penalizzando chi

lascia il regime pensionistico nonché una inadeguata tutela dei diritti “quiescenti” rappresentano seri ostacoli alla mobilità del lavoro».

La direttiva 98/49/CE del Consiglio del 29 giugno 1998 che, come noto, offre la definizione all'art. 3, lett. *b*, dei regimi pensionistici complementari da intendersi come «regimi pensionistici complementari di categoria stabiliti in conformità delle legislazioni e delle prassi nazionali, come contratti di assicurazione di gruppo, regimi a ripartizione convenuti da uno o più rami o settori, regimi basati su fondi pensione o promesse di pensione garantite da riserve contabili, o qualsiasi sistema collettivo o altro sistema analogo, intesi a fornire una pensione complementare a lavoratori subordinati o autonomi», si propone, impiegando alcuni postulati della tecnica di ordinamento dei sistemi pubblici di sicurezza sociale (così A. SGROI, *La trasferibilità della posizione previdenziale individuale nel mercato comune*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Utet, 2004, IV, 83 ss.), di tutelare i diritti degli iscritti a regimi pensionistici complementari che si spostano da uno Stato membro all'altro, contribuendo alla rimozione degli ostacoli che si frappongono alla libera circolazione dei lavoratori subordinati e autonomi all'interno della Comunità (art. 1).

Essa, pur costituendo «una prima misura specifica intesa a migliorare l'esercizio del diritto alla libera circolazione dei lavoratori per quanto attiene ai regimi pensionistici complementari» (quarto considerando della direttiva 2014/50/UE in commento; in precedenza si veda anche la comunicazione della Commissione del 12 settembre 2003, rubricata *Second stage consultation of social partners on measures to improve the portability of occupational pension rights*, SEC(2003)916, 10), riconosce un debole principio di parità di trattamento (cfr. S. GIUBBONI, *La previdenza pensionistica complementare e le regole del mercato integrato*, in *LD*, 2008, 668) che si traduce o nel mantenimento dei diritti a pensione acquisiti dai lavoratori iscritti ad un regime pensionistico complementare nei confronti dei quali non vengono più versati contributi per il fatto di spostarsi da uno Stato membro ad un altro, nella stessa misura riservata agli iscritti nei confronti dei quali i contributi non vengono più versati, ma che restano nel primo Stato membro (art. 4), o nella garanzia dei regimi pensionistici complementari degli altri Stati membri di erogare tutte le prestazioni spettanti al netto delle imposte e delle spese di transazione eventualmente applicabili (art. 5), o, infine, nell'adottare misure necessarie per consentire che i contributi ad un regime pensionistico con sede in uno Stato membro continuino ad essere versati da o per conto del lavoratore distaccato che è iscritto a detto regime, durante il periodo di distacco in un altro Stato membro (art. 6).

In definitiva, la direttiva 98/49/CE finisce per incidere marginalmente dovendo, da un lato, fare i conti con «l'eterogeneità dei sistemi nazionali» (S. GIUBBONI, *op. cit.*, 670) e, dall'altro, contribuendo a generare all'interno della Comunità «a causa dell'inveramento del principio di parità [...], una possibile area di disuguaglianza che sarebbe auspicabile rimuovere individuando un regime minimo obbligatorio per tutti gli Stati» (A. SGROI, *op. cit.*, 101 ss.).

Ciò contribuisce a spiegare anche il mancato recepimento della direttiva di numerosi Stati membri tra cui l'Italia, che «ha ritenuto essere il proprio ordinamento interno già sostanzialmente adeguato alle prescrizioni in tema di parità di trattamento» (A. TURSI, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *NLCC*, 2007, 550).

Ad ogni modo, merita di essere evidenziato che oramai sembra palesarsi quella «consapevolezza della funzione dell'istituto di previdenza complementare [...] e che solo un'adeguata protezione delle aspettative maturate possa consentire il consolidamento della previdenza complementare, specie laddove permanga la volontarietà dell'adesione» (R. PESSI, *È possibile un welfare europeo*, in *MGL*, 2008, 4, 226).

La successiva comunicazione della Commissione al Consiglio di primavera 2005 (*Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione – Il rilancio della strategia di Lisbona*, COM(2005)24, 2 febbraio 2005, 33) conclusivamente sottolineerà l'opportunità di presentare una serie di proposte per rimuovere gli ostacoli «alla mobilità dei lavoratori» derivanti dai regimi pensionistici professionali. Quella della possibile discriminazione sulla mobilità che può produrre lo stesso effetto dissuasivo che discende dalle discriminazioni «sulla nazionalità» (si veda anche P. LOI, *Fonti e disciplina della previdenza complementare nel diritto comunitario*, in A. TURSI (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementari in Europa*, cit., 11) è valutazione che si fonda su alcuni fondamentali elementi emergenti dalla giurisprudenza della Corte e precisamente: nella causa C-190/98 del 16 settembre 1999 i giudici comunitari hanno ribadito che le «disposizioni, anche indistintamente applicabili, che impediscano ad un cittadino di uno Stato membro di lasciare il paese d'origine per avvalersi del diritto alla libera circolazione, o che lo dissuadano dal farlo, costituiscono quindi ostacoli frapposti a tale libertà [...]. Tuttavia, per poter costituire ostacoli del genere, occorre che esse condizionino direttamente l'accesso dei lavoratori al mercato del lavoro negli altri Stati membri» (si veda, in tal senso, anche C. giust. 10 maggio 1995, causa C384/93, *Alpine Investments*, in *Racc.*, I-1141, punti 36-38).

I passaggi appena delineati sono tali da evidenziare come sarebbe, davvero, frutto di operazione ermeneutica riduttiva ritenere il solo divieto di “discriminazione sulla nazionalità” sufficiente ad evitare il rischio che «il lavoratore migrante possa perdere in conseguenza dell'esercizio della libertà di circolazione, i diritti previdenziali maturati in relazione ai periodi di lavoro già svolti nello Stato membro di origine» (cfr. S. EMILIANI, *La previdenza complementare come ostacolo alla libera circolazione in ambito comunitario*, in *RDSS*, 2009, 1, 70, nota 24). A questo riguardo è possibile trovare diretta conferma di quanto appena detto dalla comunicazione della Commissione del 6 dicembre 2007 avente ad oggetto *La mobilità, uno strumento per garantire nuovi e migliori posti di lavoro: Piano d'azione europeo per la mobilità del lavoro (2007-2010)*, COM(2007)773, 4 e 5, 9, nella quale viene evidenziata *prima facie* la «grande importanza delle politiche che potenziano la capacità di risposta dei mercati del lavoro laddove incentivano la mobilità geografica e professionale ai fini della creazione di posti di lavoro e dello sviluppo dell'occupabilità e dell'adattabilità della forza lavoro UE in un contesto di rapida evoluzione dei mercati del lavoro». E ancora che occorre «informare meglio i cittadini dei loro diritti in materia di libera circolazione e convincerli dei benefici della mobilità per la loro carriera professionale».

D'altra parte, dalla strategia di Lisbona e dai principi contenuti nell'Agenda sociale (2006-2010) è rappresentata la rilevanza del ruolo che la “mobilità professionale” è chiamata a spiegare sulla materia della previdenza complementare: da un lato, contribuire a migliorare la capacità di adattamento dei lavoratori e delle imprese e, dall'altro, a favorire la flessibilità dei mercati del lavoro.

Dunque, la direttiva 2014/50/UE è frutto dei diversi ribollimenti a livello comunitario che oramai lo stesso Parlamento europeo fatica a tenere celati: basti riflettere ai precedenti tentativi, trasfusi in una proposta di direttiva, posti in essere dalla Commissione (proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento della trasferibilità dei diritti a pensione complementare del 20 ottobre 2005, COM(2005)507) nella quale, in attuazione del programma di Lisbona, si era già ipotizzato di rimuovere gli specifici condizionamenti che potessero influire sulla scelta di una persona di cambiare occupazione, quali la salvaguardia dei requisiti minimi di acquisizione dei lavoratori in uscita ovvero dei diritti in sospenso nel fondo di origine, l'informazione dei lavoratori sulle conseguenze della mobilità e l'introduzione di una specifica garanzia di trasferibilità transfrontaliera delle posizioni pensionistiche complementari.

Una garanzia, quest'ultima, che prevedeva che gli Stati membri avessero dovuto adottare le misure necessarie «a garantire che un lavoratore in uscita, che nella nuova

occupazione non è più soggetto allo stesso regime pensionistico complementare, possa ottenere a richiesta, al più tardi entro diciotto mesi dopo la cessazione del rapporto di lavoro, il trasferimento all'interno di uno Stato membro o verso un altro Stato membro di tutti i diritti a pensione acquisiti» (art. 6).

Ma la vischiosità di questa disposizione, qualificata non a caso dalla dottrina «fortemente innovativa rispetto alla disciplina in vigore» (S. GIUBBONI, *op. cit.*, 671), si è da subito manifestata nella ferma convinzione, come spiega la stessa Commissione nella modifica (COM(2007)603 def., 9 ottobre 2007, 3) al testo della precedente versione della proposta di direttiva del 2005, «degli oneri eccessivi che si porrebbero a carico dei regimi pensionistici complementari e delle notevoli difficoltà di natura tecnica [...] (e, dunque) [...] fonte di complicazioni e di abusi» (cfr. anche il successivo Libro verde *Verso sistemi pensionistici adeguati, sostenibili e sicuri in Europa*, COM(2010)365 def., 13).

Allora tra la scelta di assicurare una specifica regolamentazione sulla portabilità della posizione individuale e quella di trovare una soluzione all'assenza attuale di una disciplina comune in ordine alla mobilità professionale associata alla previdenza complementare, si è giunti alla conclusione di stralciare la previsione contenuta nell'art. 6 e di pervenire quanto meno alla definizione di criteri minimi di tutela che salvaguardino il diritto ai pagamenti transfrontalieri delle pensioni complementari, l'acquisizione e il riconoscimento dei diritti pensionistici, l'affiliazione del lavoratore temporaneamente distaccato in un altro Stato membro, oltre alla garanzia di assicurare una compiuta e regolare informazione (artt. 5, 6 e 7).

Una scelta che trova conferma dalla rubrica della direttiva 2014/50/UE per l'appunto intitolata *Requisiti minimi per accrescere la mobilità dei lavoratori tra Stati membri migliorando l'acquisizione e la salvaguardia di diritti pensionistici complementari* senza alcun riferimento alla trasferibilità intracomunitaria delle posizioni pensionistiche complementari, a cagione della volontà di individuare più rassicuranti misure di conformazione (cfr. l'ottavo considerando).

Ad ogni modo, pare palesarsi l'idea che la direttiva possa contribuire a favorire quel «minimo comunitario di protezione sociale» (R. PESSI, *È possibile un welfare europeo*, in *MGL*, 2008, 4, 225), il «cui contenuto si evolve rispetto all'iniziale attitudine protettiva in chiave non discriminatoria e di libertà di circolazione verso una dimensione acquisitiva di uno statuto protettivo». Diversamente dalla direttiva 2003/41/CE, nella quale non è il principio di libertà di circolazione dei lavoratori, bensì i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, in linea di continuità con il «quadro di azione per i servizi finanziari», di cui alla comunicazione della Commissione dell'11 maggio 1999, essa si propone di evitare,

come ammette lo stesso legislatore comunitario spiegando “le ragioni” che lo hanno spinto ad intervenire, «la possibilità di decadenza dei diritti pensionistici complementari [...] qualora il rapporto di lavoro termini prima che il lavoratore abbia completato un periodo minimo di iscrizione nel regime [...], o prima che abbia raggiunto l'età minima può precludere ai lavoratori che si spostano fra gli Stati membri l'acquisizione di diritti pensionistici adeguati» (diciassettesimo considerando). Tuttavia, il risultato che ne è conseguito non può non suscitare qualche tensione interpretativa in sede di trasposizione nell'ordinamento nazionale che si avrà modo di indicare nella successiva analisi delle norme. Resta, comunque, il dato che segnare, in nove articoli, la disciplina della mobilità professionale del lavoratore in ordine ai «regimi pensionistici complementari connessi a un contratto di lavoro», ad eccezione dei regimi obbligatori di sicurezza sociale disciplinati dal regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, non è stato, e presumibilmente non sarà, agevole. Il rischio è quello di un impatto per così dire “diseguale”, specie considerando che alcuni Stati membri non ne sono pressoché interessati. Ciò non significa minimizzarne la portata, ma piuttosto ricondurla nella sua esatta dimensione: il riconoscimento di specifici diritti al lavoratore nell'ambito della previdenza complementare deve tener conto delle diversità registrate nei diversi ordinamenti nazionali, con le quali occorrerà confrontarsi affinché si trovi il giusto equilibrio fra le ragioni comunque prioritarie delle aspettative e diritti degli iscritti ai regimi pensionistici e quelle del mercato, della sostenibilità dei regimi esistenti e, infine, dell'adeguatezza della prestazione pensionistica complementare. Le soluzioni offerte positivamente da siffatte norme ad alcuni problemi della previdenza complementare trovano rispondenza nella tecnica legislativa dei “criteri minimi”, in luogo delle legislazioni nazionali che si presentano o mute al riguardo o suscettibili di equivoche interpretazioni.

Se ciò è vero si deve pure riconoscere che la direttiva non rimette in discussione il diritto di ciascun Paese a organizzare i propri regimi pensionistici, dal momento che essi «conservano la piena responsabilità dell'organizzazione e nel recepire la direttiva non sono tenuti a introdurre una legislazione che disponga l'istituzione di regimi pensionistici complementari» (nono considerando). Ma è altrettanto vero che l'effettività delle norme è imprescindibilmente legata all'attuazione che esse riceveranno nell'ordinamento del singolo Stato: sotto questo profilo, la direttiva individua dei requisiti minimi, lasciando ad essi non solo libertà di adottare o di mantenere le disposizioni eventualmente più favorevoli, ma allo stesso tempo escludendo che la sua attuazione possa in qualche modo giustificare un passo indietro rispetto alla situazione preesistente in ciascun Stato membro.

Così, preso atto delle sostanziali difformità delle discipline nazionali che regolano la previdenza complementare, la direttiva mira a rendere più omogenee siffatte discipline, facendole convergere verso un trattamento giuridico se non unitario quantomeno tendente alla “conformazione”. Ciò rende edotti i motivi per cui si è deciso di emanare tale fonte normativa che, per espressa previsione contenuta nell'art. 2, comma 4, si applica «unicamente ai periodi di occupazione successivi al suo recepimento», anziché un regolamento (che, come è noto, non deve essere oggetto di provvedimento statale a contenuto riproduttivo, integrativo o esecutivo: si veda C. cost. n. 183/1973, in *GCost*, 1973, 2413), caratterizzandosi la direttiva per una valenza più stringente nonché per l'immediata applicazione del proprio contenuto (o, secondo la nota definizione di A. PIZZORUSSO, di «mere indicazioni di scopi» in *Fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, 1977, 478), oltre a meglio adattarsi alla caratteristica della volontarietà cui soggiace la prevalenza dei regimi di previdenza complementare (cfr. il ventiseiesimo considerando). Presentandosi impostata sull'“obbligo di conformazione” («gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 21 maggio 2018, ovvero garantiscono che entro tale data le parti sociali introducano le disposizioni richieste mediante accordo»), il legislatore nazionale non può discostarsi dalle statuizioni contenute nella direttiva in modo da abbassare la soglia di tutela offerta dalla libertà di circolazione dei lavoratori. Da questo punto di vista, l'obbligo di conformazione converge su quello di armonizzazione e, dunque, sull'eliminazione delle differenze di trattamento normativo esistenti nei diversi ordinamenti rispetto a certe materie (cfr. la definizione contenuta in R. FOGLIA, G. SANTORO-PASSARELLI, *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Giuffrè, 1997, 75).

Si aggiunga poi che, sulla base dell'art. 7 della direttiva, rubricato *Requisiti minimi e di non regressione*, gli Stati membri, da un lato, «possono adottare o mantenere disposizioni più favorevoli rispetto a quelle fissate dalla fonte comunitaria in materia di acquisizione di diritti pensionistici complementari per i lavoratori, di salvaguardia dei diritti pensionistici complementari dei lavoratori in uscita nonché del diritto all'informazione per gli iscritti attivi e i beneficiari differiti» (comma 1); dall'altro, il recepimento della direttiva non deve in alcun caso costituire «motivo di riduzione dei diritti esistenti per l'acquisizione e la salvaguardia di diritti pensionistici complementari o del diritto all'informazione degli iscritti attivi o dei beneficiari negli Stati membri» (comma 2).

Parrebbe allora che l'applicazione di siffatta clausola di regressione possa far derivare in capo al singolo Stato, come già segnalato in precedenza da alcuni autori, «un vincolo diverso rispetto a quello della mera trasposizione della disciplina sostanziale derivante dalla direttiva, e dunque del semplice “adattamento” dell'ordinamento interno a quello comunitario [...], e più precisamente [...] ai poteri regolativi interni del singolo ordinamento rispetto alla materia disciplinata dalla direttiva» (U. CARABELLI, V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.INT, 2005, n. 35, 2 e 47).

Peraltro agli Stati membri è fatto obbligo di comunicare alla Commissione tutte le informazioni disponibili in merito all'applicazione della direttiva entro il 21 maggio 2019 (art. 9): ciò significa che ogni Stato membro deve attestare la sussistenza di una “evoluzione” della propria situazione in modo da fornire un'adeguata giustificazione sul piano politico-istituzionale.

Tirando le somme del discorso qui condotto, la direttiva si presenta dunque significativa per diversi ordini di motivi: a) istituzionalizza nell'ambito dei regimi di previdenza complementare la mobilità professionale dei lavorativi tra gli Stati membri «riducendo gli ostacoli creati da alcune regole relative ai regimi pensionistici complementari collegati a un rapporto di lavoro»; b) traccia le condizioni ai fini dell'acquisizione dei diritti pensionistici complementari, della salvaguardia dei diritti pensionistici in sospeso nonché della trasformazione dei diritti acquisiti; c) stabilisce un flusso di informazioni che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare agli iscritti attivi e ai beneficiari differiti in merito «alle conseguenze della mobilità e della cessazione del rapporto di lavoro sui loro diritti pensionistici complementari».

Preliminarmente occorre individuare l'ambito di riferimento entro cui circoscrivere i regimi pensionistici complementari che sono destinatari della direttiva 2014/50/UE.

2 LA SFERA DI APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA 2014/50/UE: IL “COLLEGAMENTO” DEI REGIMI PENSIONISTICI COMPLEMENTARI A UN RAPPORTO DI LAVORO

Trattandosi di «regimi pensionistici complementari connessi ad un contratto di lavoro istituiti in base alla legislazione e alle prassi nazionali» e, dunque, presentandosi funzionalizzati a forme di tutela a favore di soggetti in condizione professionale come ad esempio «i contratti di assicurazione di gruppo o i regimi a ripartizione convenuti da uno o

più rami o settori, i regimi a capitalizzazione o le promesse di pensione garantite da riserve contabili delle imprese, o qualsiasi altro accordo collettivo o analogo» (secondo e undicesimo considerando), oltre alla già riferita esclusione dei sistemi obbligatori di sicurezza sociale, disciplinati dal regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, la direttiva 2014/50/UE individua gli ambiti di applicazione, articolandoli su due livelli: il primo verticale, il secondo trasversale.

Così, primieramente sono esclusi, ai sensi dell'art. 2, quei regimi pensionistici complementari per i quali le adesioni dei nuovi iscritti attivi sono cessate all'atto dell'entrata in vigore della fonte comunitaria e che restano preclusi ai nuovi iscritti nonché quelli soggetti a misure comprendenti l'intervento di organi amministrativi istituiti dalla legislazione nazionale o di organi giurisdizionali, non oltre il termine previsto per il loro intervento, con l'obiettivo di mantenere o di ripristinare la loro situazione finanziaria, ivi compresa la procedura di liquidazione.

L'undicesimo considerando, di contenuto emblematicamente esemplificativo, e l'art. 3, lett. *b*, chiariscono che la fonte comunitaria si dirige «a qualsiasi regime pensionistico aziendale o professionale istituito conformemente al diritto e alle prassi nazionali e collegato a un rapporto di lavoro, inteso a corrispondere una pensione complementare ai lavoratori dipendenti». Dal che si deduce l'implicita esclusione dei regimi previdenziali individuali ai quali non partecipi il datore di lavoro e delle prestazioni di invalidità e superstiti, sebbene per queste ultime sia estesa la tutela prevista in materia di salvaguardia dei diritti pensionistici in sospenso e di applicazione della disciplina informativa (cfr. art. 2, comma 3). Da questo punto di vista, una tale deroga prova ad escludere specifici condizionamenti sulla scelta del lavoratore in ordine alla sua libertà di circolazione, la quale in assenza di protezione potrebbe essere influenzata da discipline più favorevoli in caso di invalidità e morte.

Del pari sono esclusi i fondi di garanzia istituiti a fronte di insolvenza o di adeguamenti compensativi «che non fanno parte dei regimi pensionistici complementari connessi a un rapporto di lavoro e che mirano a salvaguardare i diritti pensionistici dei lavoratori in caso di insolvenza dell'impresa o del regime pensionistico» (tredicesimo considerando), i fondi nazionali di riserva per le pensioni, il pagamento *una tantum*, corrisposto direttamente o indirettamente da un datore di lavoro, qualora non sia connesso al versamento dei contributi ai fini dell'ottenimento di una pensione complementare (cfr. anche il quindicesimo considerando).

Sul piano della trasversalità, la direttiva prende in considerazione le caratteristiche e la natura particolare dei regimi complementari e, soprattutto le differenze fra i diversi Stati

membri che suggeriscono di escluderne l'applicazione nei casi di acquisizione e salvaguardia dei diritti pensionistici complementari per i lavoratori che si spostano «all'interno di un solo Stato membro» (art. 2, comma 5).

3 I “REQUISITI MINIMI” DI ACQUISIZIONE DEI DIRITTI PENSIONISTICI COMPLEMENTARI

Se il ragionamento seguito dal legislatore comunitario è quello di lasciare agli Stati membri il compito di garantire che i diritti pensionistici acquisiti dai lavoratori in uscita rimangano nell'ambito del regime pensionistico complementare nel quale sono stati acquisiti, la previsione contenuta nell'art. 4 della direttiva 2014/50/UE interviene sulle disposizioni nazionali che subordinano l'acquisizione dei diritti pensionistici complementari al maturare di un certo periodo di iscrizione alla forma pensionistica complementare ovvero non ne consentono l'iscrizione prima del completamento di un certo periodo di occupazione o del raggiungimento di una certa età anagrafica.

In effetti, con tale disposizione ci si colloca nella logica degli standard minimi che ogni Stato membro è tenuto a garantire, superando le diverse previsioni contemplate dai propri ordinamenti. È proprio nella logica degli standard minimi che un lavoratore che cessa la contribuzione in uno Stato membro per svolgere attività lavorativa dipendente in un altro Stato membro non dovrebbe perdere i diritti che ha già acquisito nell'ambito del primo regime pensionistico e che avrebbe conservato se avesse cambiato datore di lavoro senza trasferirsi in un altro Stato membro (cfr. S. EMILIANI, *op. cit.*, spec. 76).

Si è già riferito che la facoltà di trasferire la posizione individuale maturata ad una diversa forma pensionistica e dunque la portabilità del montante accumulato, quale possibile alternativa tra il trasferimento nel nuovo regime del diverso Stato membro e il mantenimento dei relativi diritti, non è contemplata dalla direttiva 2014/50/UE, sebbene la stessa contenga una scialba indicazione nel ventiquattresimo considerando in base alla quale «per facilitare la mobilità dei lavoratori tra Stati membri, gli Stati membri dovrebbero adoperarsi al massimo per migliorare la trasferibilità dei diritti pensionistici maturati, in particolare nel momento in cui vengono istituiti nuovi regimi pensionistici complementari».

Viene in sostanza proposto un approccio più prudente rispetto alle iniziali (e più ardite) intenzioni, al fine di assicurare «la disponibilità di una pensione complementare [...] quale mezzo per garantire il tenore di vita delle persone anziane» e, conseguentemente, intervenendo sulla mobilità professionale, con l'individuazione di specifici requisiti temporali

di “attesa” e di “acquisizione”. Limiti che, stante la definizione contenuta nell'art. 3, lett. *d e e*, agiscono o «sul periodo di occupazione richiesto dalla legislazione nazionale o dalle previsioni di un datore di lavoro, prima che il lavoratore maturi il diritto di iscriversi ad un regime complementare» o «sul periodo di iscrizione attiva ad un regime di previdenza complementare (il cd. periodo minimo), conformemente al diritto nazionale o alle norme di un regime pensionistico complementare, per acquisire il diritto alla pensione complementare accumulata».

Sulla base del dato normativo risultante dall'insieme di queste norme, si interviene, dunque, sui “maturandi” e sui “giacenti” diritti pensionistici complementari che in alcuni contesti normativi si ritengono acquisiti solo dopo diversi anni di lavoro dipendente prestato presso una impresa e, in alcune circostanze, soltanto al raggiungimento dell'età pensionabile; cosicché qualsiasi cambiamento di posto di lavoro prima di aver acquisito tali diritti determina l'impossibilità di erogare alcuna prestazione pensionistica complementare. Requisiti che non sono equiparati alle altre condizioni per l'acquisizione del diritto ad una rendita vitalizia, stabilite con riguardo alla fase di pagamento, in conformità alla legislazione nazionale o alle regole di determinati regimi pensionistici complementari, in particolare nei regimi a contribuzione definita. Così, per esempio, «non costituisce un periodo di acquisizione il periodo di iscrizione attiva che l'iscritto è tenuto a completare dopo aver acquisito il diritto a una pensione complementare al fine di poter vantare un credito sotto forma di rendita o di capitale» (diciottesimo considerando).

La novità non è dunque solo formale, ma piuttosto propriamente sostanziale: cioè attiene all'individuazione di un preciso periodo temporale che presenta l'evidente finalità di rimuovere gli specifici condizionamenti che si frappongono alla mobilità professionale nella misura in cui i lavoratori possono essere indotti a rimanere iscritti alla forma di previdenza complementare per il tempo necessario alla maturazione dei relativi diritti. Proprio per tale ragione, l'art. 3 della direttiva stabilisce che gli Stati membri «adottano le misure necessarie affinché se è applicato un periodo di acquisizione ovvero un periodo di attesa, o anche entrambi, il periodo totale non superi in alcun caso i tre anni per i lavoratori in uscita». Rispetto alle precedenti versioni della direttiva, il limite si presenta più basso: tre anni a fronte dei precedenti cinque riservati agli affiliati attivi di età inferiore ai 25 anni nella versione emendata del 2007 (cfr. (COM(2007)603 def., 3).

L'individuazione di un termine non superiore a tre anni che può essere raggiunto anche cumulando il periodo di attesa con quello di acquisizione (accogliendo quanto in precedenza aveva suggerito la Commissione con la comunicazione del 12 settembre 2003, rubricata

Second stage consultation of social partners on measures to improve the portability of occupational pension rights, SEC(2003)916, 12) lascia trasparire la consapevolezza dell'unicità del problema, insuscettibile a giudizio del legislatore comunitario di una diversa soluzione, che tiene conto della necessità di “conformare” le diverse norme nazionali di riferimento, adottando «le misure necessarie».

Si pone così un freno alle discipline nazionali, vigenti in alcuni Stati membri, nei quali per non perdere i diritti maturati è specificatamente previsto un periodo di attesa e/o di acquisizione: ad esempio, in Francia e Germania, prima che entrassero in vigore le recenti riforme in materia previdenziale, erano stabiliti periodi significativamente lunghi. Precisamente in Francia, prima della riforma avvenuta con la l. 21 agosto 2003, n. 775 (c.d. riforma Fillon) le forme di risparmio previdenziale imponevano una permanenza minima di dieci anni. Per tali forme, confluite ora obbligatoriamente nel nuovo strumento del PERCO (ovvero nel *Plan pour la retraite collectif*) che peraltro «è probabilmente l'unica forma pensionistica complementare assimilabile, sul piano ontologico ai nostri fondi pensioni negoziali» (A. OCCHINO, A. BOLLANI, *Previdenza e forme pensionistiche complementari in Francia*, in A. TURSI (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementari in Europa*, cit., 116), non è previsto alcun termine minimo sebbene permanga, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, l'impossibilità di ricorrere alla smobilizzazione, prevedendosi invece la conservazione della posizione maturata presso il vecchio datore di lavoro in attesa del raggiungimento dei requisiti per l'erogazione della prestazione. Anche in Germania, nel regime antecedente all'entrata in vigore della legge sul miglioramento della previdenza complementare aziendale (*Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung*: BetrAVG), i regolamenti delle forme di previdenza complementare prevedevano l'estinzione del diritto alle prestazioni pensionistiche complementari in caso di scioglimento del rapporto di lavoro prima del compimento dell'età prevista quale requisito di accesso (M. FERRARESI, N. VASCHELLO, *Fonti normative e negoziali della previdenza complementare nell'ordinamento tedesco*, in A. TURSI (a cura di), *Le fonti normative e negoziali della previdenza complementari in Europa*, cit., 243). Allo stato attuale è sancito quale periodo minimo un limite di cinque anni, decorrente dalla data di assunzione dell'obbligazione contrattuale da parte del datore di lavoro ai fini della maturazione del diritto a ricevere le future prestazioni.

In sede di recepimento della norma comunitaria nel nostro diritto interno, occorre segnalare l'assenza di previsioni legislative contenute nel d.lgs. n. 252/2005, in ordine al diritto definito “di attesa”: il legislatore nazionale lascia alle fonti contrattuali l'eventuale

compito di individuare un eventuale termine minimo ai fini dell'iscrizione alla forma pensionistica complementare. A questa facoltà hanno mostrato di aderire alcuni fondi negoziali, come accade, ad esempio, con riferimento ai lavoratori subordinati assunti con le tipologie contrattuali a tempo determinato, anche part-time, e ogni altra tipologia di rapporto di lavoro flessibile, in genere di durata pari o superiore a tre mesi continuativi (si vedano, ad esempio, le previsioni dell'art. 5, lett. c, contenute nello Statuto del Fondo pensione complementare a capitalizzazione per i lavoratori dell'industria alimentare e dei settori affini; nel settore pubblico quelle dell'art. 5, lett. c, contenute nello Statuto del fondo pensione Sirio per i lavoratori dei Ministeri, degli enti pubblici non economici, della presidenza del Consiglio dei Ministri, dell'ANAC e del Cnel).

Orbene, leggendo la direttiva alla luce della ricostruzione sopra proposta, la mancata regolazione nell'ordinamento interno di un diritto di attesa può essere collegato alla disposizione contenuta nell'art. 4, comma 2, e, dunque, alla facoltà degli Stati membri «di autorizzare le parti sociali a stabilire, mediante contratti collettivi, disposizioni diverse, nella misura in cui dette disposizioni non forniscano una protezione meno favorevole e non creino ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori». Un eventuale arretramento protettivo costituirebbe una deviazione rispetto all'attuale conservazione dei trattamenti più vantaggiosi: arretramento che risulta sempre possibile, ma parrebbe soltanto in via di mera eccezione (cfr., a riguardo, M. DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *GDLRI*, 2002, 501; V. FERRANTE, *Sub art. 19*, in M. NAPOLI (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *NLCC*, 2004, n. 6, § 6).

Tuttavia, limitandoci poi a una mera interpretazione letterale dell'art. 4, lett. a, la norma comunitaria può presentare, nelle pieghe della disciplina attualmente in vigore, qualche risvolto segnatamente attinente alla libera circolazione dei pagamenti e dei capitali (quindi nel diverso principio dell'art. 56 del TFUE) ove collegato alle previsioni contenute nell'art. 8, comma 6, del d.lgs. n. 252/2005, che riconosce ai lavoratori di prima occupazione, «limitatamente ai primi cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari», un regime di favore ancorché si consente ad essi, nei venti anni successivi «al quinto anno di partecipazione a tali forme», di dedurre dal reddito complessivo i contributi eccedenti il limite di 5.164,57 euro per un importo pari alla differenza positiva tra 25.822,85 euro e i contributi effettivamente versati nei primi cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari e, comunque, per un importo non superiore a 2.582,29 euro annui (sul punto, segnatamente si veda F. MARCHETTI, *La deducibilità fiscale agevolata dei contributi per i lavoratori di prima occupazione successiva al 1.1.2007*, in A. TURSI (a cura

di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., 918, che ritiene che «la disposizione appare tecnicamente articolata, avendo una valenza squisitamente fiscale ma utilizzando riferimenti, anche sul piano letterale, di chiaro tenore civilistico»). Peraltro, si aggiunga che, in caso di adesione a forme di previdenza complementari collettive, quelle individuali risultano deducibili in via residuale e cioè per la parte non impegnata nelle prime.

Sul diverso e specifico profilo del diritto “di acquisizione”, la direttiva 2014/50/UE precisa alla lett. *b* del medesimo art. 4 che, «se è prevista un'età minima per l'acquisizione dei diritti a pensione, questa non sia superiore a 21 anni per i lavoratori in uscita».

La lett. *b* ricollega l'età minima ai fini dell'acquisizione del diritto, ma non anche ai fini dell'iscrizione ad un regime pensionistico complementare: tale deduzione trova conferma nel diciassettesimo considerando della direttiva, allorquando lo stesso legislatore comunitario ammette che «i requisiti relativi a un'età minima per l'iscrizione a un regime complementare non costituiscono un ostacolo alla libertà di circolazione e non sono quindi oggetto della direttiva».

Conclusivamente, il termine triennale per acquisire il diritto alla prestazione pensionistica complementare, anche cumulato con quello di attesa, deve essere riferito altresì all'età minima posseduta (segnatamente non superiore ai 21 anni) del lavoratore in uscita.

Nel nostro ordinamento tale disciplina comunitaria incontra allo stato attuale una diversa regolazione sul piano dell'acquisizione della prestazione complementare che, come noto, è stato il risultato di scelte che hanno tenuto conto non solo dell'impatto sulla posizione dei singoli aderenti, ma soprattutto del significato del legame tra la previdenza complementare e quella di base, con le note ricadute sul dibattito sviluppatosi attorno all'individuazione del referente costituzionale della disciplina delle forme pensionistiche complementari. Si è così evidenziato che «Pur senza richiedere l'effettiva liquidazione del trattamento pensionistico di base la scelta del legislatore delegato si è quindi chiaramente attestata a favore di una stretta dipendenza della disciplina della previdenza complementare da quella del regime obbligatorio» e che «nell'ambito del dibattito sulla natura della previdenza complementare questo aspetto della disciplina potrà offrire un solido argomento per la tesi dell'intervenuta funzionalizzazione alla previdenza di base, con conseguente necessità di una collocazione nell'alveo del comma 2 dell'art. 38 Cost.» (S. TOZZOLI, *Le prestazioni di previdenza complementare*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., 758 ss.).

Difatti, l'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 252/2005 vincola il diritto alla prestazione pensionistica di vecchiaia al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle

prestazioni stabiliti nel regime di appartenenza con «almeno cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari». Si aggiunga che, ai fini dei cinque anni di partecipazione sono considerati utili tutti i periodi maturati dal lavoratore aderente per i quali lo stesso non abbia esercitato il riscatto totale della posizione individuale.

Trattasi di limiti che si presentano meno favorevoli, rispetto a quelli individuati dall'art. 4, lett. *a*, della direttiva 2014/50/UE, e dei quali il legislatore nazionale dovrà tenere conto in sede di recepimento della fonte comunitaria. Diverso è il ragionamento per la lett. *b* del medesimo articolo: in questo caso, l'adeguamento scatta solo «se è prevista un'età minima». Sotto questo profilo, il d.lgs. n. 252/2005 presenta una disciplina più favorevole dal momento che non individua alcuna età minima per l'acquisizione di diritti alla pensione per un affiliato attivo.

Infine, l'ultima lettera (lett. *c*) del primo comma dell'art. 4 stabilisce l'obbligo del regime pensionistico complementare di garantire al lavoratore in uscita che cessa il rapporto di lavoro e che non abbia ancora maturato diritti pensionistici il rimborso dei «contributi versati dal lavoratore in uscita o versati per conto del lavoratore in uscita conformemente alle disposizioni normative nazionali o agli accordi o ai contratti collettivi o, nel caso in cui il rischio d'investimento sia sostenuto dal lavoratore in uscita, la somma dei contributi versati o il valore degli investimenti risultanti dal versamento di tali contributi». Si tratta di un obbligo che, stante il diciannovesimo considerando della direttiva, è rinforzato con l'impiego dell'avverbio “sempre”. Si tratta di una disposizione che contempla anche una diversa soluzione tecnica a favore del lavoratore con riferimento agli eventuali rendimenti che si dovessero conseguire dal versamento dei contributi.

Ciò che è però significativo rilevare è l'assenza di tali previsioni all'interno del quadro normativo delineato dal legislatore italiano, a meno di non considerare assimilabili le indicazioni formulate dall'art. 14, comma 2, del d.lgs. n. 252/2005 in ordine all'istituto del riscatto totale della posizione individuale maturata che interviene in caso di invalidità del lavoratore che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo ovvero nelle ipotesi di cessazione della propria attività e privo di occupazione per un periodo di tempo superiore ai 48 mesi. Peraltro, nel caso dell'istituto del riscatto si fa esplicito riferimento alla «posizione individuale maturata»; con ciò intendendo il complesso degli accantonamenti che comprendono, oltre il contributo del lavoratore, quello del datore di lavoro, il trattamento di fine rapporto e i rendimenti eventualmente accumulati.

L'ipotesi prospettata dall'art. 4, comma 1, lett. *c*, della direttiva 2014/50/UE, attiene segnatamente «al rimborso dei contributi versati dal lavoratore in uscita o versati per conto

del lavoratore in uscita»: si palesa dunque per il legislatore nazionale (o per le fonti contrattuali) una fattispecie di carattere generale che si aggiungerebbe alle tradizionali ipotesi previste per i casi di cessazione dei requisiti di partecipazione. Trattasi di una opzione che diventa, stante la fonte comunitaria, diritto indisponibile che non può essere limitato né in sede legislativa né in sede contrattuale: si liquidano i contributi accumulati al pari, ad esempio, della corresponsione del trattamento di fine rapporto quando il lavoratore non è iscritto ad alcuna forma pensionistica complementare.

Tale disposizione nell'ordinamento interno deve fare i conti con la nota distinzione tra la previdenza privata e risparmio volontario e, dunque, con «il vincolo di destinazione» che il fine previdenziale imprime all'accantonamento. Coglie certamente nel vero l'affermazione di una nota dottrina (R. PESSI, *La nozione costituzionalmente necessitata di previdenza complementare: un commento*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Il Mulino, 2006, 328) quando sostiene che «la promozione del secondo pilastro previdenziale è coerente laddove il risparmio sia funzionale a sostituire, seppur in parte, la previdenza obbligatoria che restringe la sua area di protezione». Si tratta di una funzione confermata nella lunga serie di norme emanate negli anni che, mentre devolvono al risparmio volontario il compito di giungere ad una mera finalizzazione soggettiva dell'atto di risparmio, assegnano all'accantonamento previdenziale un vincolo oggettivo, rappresentato dalla protezione del lavoratore dai rischi di diminuzione (o perdita) della capacità di lavoro e guadagno. La finalità non è dunque quella di aumentare il volume complessivo di risparmio, quanto piuttosto quella di indirizzare il risparmio esistente verso l'impiego previdenziale, accordando ad esso un regime più favorevole rispetto ad impieghi alternativi (si veda anche M. SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale. Un modello di nuova generazione per i bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, in L. GALANTINO, S. HERNANDEZ (diretta da), *Studi di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2014, in corso di pubblicazione, 31 ss.). Va tuttavia detto che incoraggiare questo tipo di risparmio significa anche favorire una forma di opportunismo (il c.d. *moral hazard*) da parte di chi sceglie di non risparmiare in modo adeguato per la propria vecchiaia, contando di fare affidamento sulla previdenza obbligatoria (S. GIANNINI, M.C. GUERRA, *Alla ricerca di una disciplina fiscale per la previdenza complementare*, in M. MESSORI (a cura di), *op. cit.*, 477; D. PACE (a cura di), *Il risparmio previdenziale ed i fondi pensione*, Franco Angeli, 1993). È chiaro, allora, che il recepimento della direttiva trascina con sé l'opzione sull'inquadramento costituzionale del c.d. “risparmio previdenziale” da cui dipende sia il trattamento fiscale delle somme accumulate dalle forme pensionistiche complementari sia l'imponibilità delle medesime dal punto di vista contributivo.

Una diversa lettura potrebbe essere operata sulla base del duplice disposto contenuto nel sesto considerando e nel già citato comma 5 dell'art. 2 della direttiva 2014/50/UE, allorquando precisano che «la presente direttiva non si applica all'acquisizione e alla salvaguardia dei diritti pensionistici complementari per i lavoratori che si spostano all'interno di un solo Stato membro. Gli Stati membri possono valutare la possibilità di esercitare le loro competenze nazionali al fine di estendere le norme applicabili ai sensi della presente direttiva agli iscritti che cambiano lavoro all'interno di un solo Stato membro». Ciò condurrebbe a concludere che la fonte comunitaria non vieta, o quanto meno non esclude, che uno Stato membro possa prevedere due diverse discipline: una per i lavoratori che si spostano all'interno di uno Stato membro; l'altra per i lavoratori che esercitano il proprio diritto alla libertà di circolazione tra gli Stati membri per il tempo necessario alla maturazione dei loro diritti. Conseguentemente solo in questa seconda ipotesi sorgerebbe «l'obbligo di conformazione» alla direttiva comunitaria.

4 LA TUTELA DEI “DIRITTI GIACENTI” NELL'AMBITO DEL REGIME NEL QUALE SONO ACQUISITI

Altro aspetto che intende tutelare la fonte comunitaria attiene al mantenimento dei diritti pensionistici in sospeso, vale a dire quei «diritti pensionistici maturati e mantenuti nel regime in cui sono stati maturati da un beneficiario differito». Con le disposizioni contenute nell'art. 5, la direttiva 2014/50/UE non intende però definire condizioni più favorevoli per i diritti pensionistici in sospeso rispetto ai diritti degli iscritti attivi, sebbene lasci agli Stati membri la facoltà di autorizzare «le parti sociali a stabilire, mediante contratti collettivi, disposizioni diverse, nella misura in cui dette disposizioni non forniscano una protezione meno favorevole e non creino ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori» (comma 4).

Il ragionamento di fondo è quello di assicurare ai lavoratori in uscita la possibilità di lasciare i diritti pensionistici maturati «quali diritti in sospeso nel regime pensionistico complementare in cui gli stessi sono stati maturati». Peraltro, la disposizione si estende anche ai superstiti del lavoratore per effetto della previsione contenuta nell'art. 2, comma 3, della direttiva: si tratta di un'eccezione al generale divieto di estendere la fonte comunitaria alle tipologie delle pensioni di invalidità e superstiti.

Una volta statuito l'obbligo del mantenimento della posizione individuale maturata e accantonata presso il fondo pensione, occorre determinarne il valore sulla base di una valutazione che la medesima direttiva definisce “equa”. È proprio su questo aggettivo che ci

sembra ruotino i contenuti da assegnare all'obbligo in capo ai regimi pensionistici complementari.

In linea generale, un trattamento potrebbe definirsi “equo”, ad esempio, quando il valore dei diritti pensionistici complementari in sospeso progredisce nella stessa misura del valore dei diritti a pensione degli affiliati attivi oppure potrebbe analogamente definirsi “equo” quando, in un regime a prestazioni definite, è stabilito a priori un importo minimo garantito da liquidare al lavoratore in uscita. In questa prospettiva potrà definirsi equivalente il valore di diritti a pensione in sospeso quando venga quantificato tenendo conto di specifici parametri di riferimento per l'attualizzazione consueta di poste di bilancio e/o di emolumenti fissati per legge (ad esempio il tasso di inflazione programmato, gli importi delle prestazioni pensionistiche complementari in pagamento, il tasso di rendimento degli attivi nel loro regime pensionistico complementare). Ebbene, sui criteri generali da seguire in sede di determinazione del valore dei diritti in sospeso, la direttiva 2014/50/UE ne individua di diversi, posta la necessità di stabilire quello che meglio risponda all'equilibrio dei fondi pensione e, naturalmente, “considerando” anche i diversi schemi previdenziali, a prestazione ovvero a contribuzione definita, adottati dai diversi Stati membri.

Il primo criterio è quello di adottare «misure necessarie al fine di garantire che i diritti pensionistici in sospeso dei lavoratori in uscita e dei loro superstiti o il valore corrispondente siano in linea con il valore dei diritti degli iscritti attivi, o con l'evoluzione delle prestazioni pensionistiche in corso di pagamento».

Il secondo è quello di individuare altri modi ritenuti equi, quali: a) il mantenimento del valore nominale dei diritti pensionistici in sospeso se i diritti pensionistici maturati nel regime pensionistico complementare danno titolo alla liquidazione di un importo nominale; b) l'adeguamento del valore dei diritti a pensione in sospeso (mediante l'applicazione di un tasso d'interesse integrato nel regime pensionistico complementare ovvero di un utile sul capitale investito derivato dal regime pensionistico complementare) se il valore dei diritti pensionistici maturati varia nel tempo; c) il conseguente adeguamento del valore dei diritti pensionistici in sospeso, fatto salvo un limite proporzionale definito dal diritto nazionale o convenuto dalle parti sociali se il valore dei diritti pensionistici maturati in sospeso è adattato, per esempio in funzione del tasso di inflazione o del livello salariale.

Si tratta di tecniche solo relativamente innovative, comunque rispondenti alla logica degli standard minimi che i regimi pensionistici complementari sono tenuti ad adottare, sebbene resti agli Stati membri «la facoltà di autorizzare le parti sociali a stabilire, mediante contratti collettivi, disposizioni diverse, nella misura in cui dette disposizioni non forniscano

una protezione meno favorevole e non creino ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori» (comma 4). Sennonché la direttiva 2014/50/UE, allo scopo di evitare spese amministrative eccessive risultanti dalla gestione di un gran numero di diritti pensionistici in sospenso di modesto valore (ventitreesimo considerando), prende anche in considerazione la possibilità che gli Stati membri consentano ai regimi pensionistici complementari di non mantenere i diritti pensionistici maturati di un lavoratore in uscita, ma di procedere al pagamento «con il consenso informato del lavoratore, compresi gli oneri applicabili di un capitale equivalente al valore dei diritti pensionistici maturati dal lavoratore in uscita, purché il valore dei diritti a pensione maturati non superi il limite stabilito dallo Stato membro interessato. In questo caso, lo Stato membro informa la Commissione del limite applicato».

Come si può vedere, si ripresenta l'analogia questione prospettata in precedenza, posto che la corresponsione di un capitale di valore equivalente ai diritti pensionistici maturati deve fare i conti con la finalità previdenziale e con la natura di risparmio vincolato cui sono assoggettati tali accantonamenti (si veda sulla questione anche A. TURSI, *Note introduttive: la terza riforma della previdenza complementare*, cit., 561 ss.). Una soluzione potrebbe essere allora rinvenuta ricollegandosi, per un verso, alla possibilità per le parti sociali di individuare “disposizioni diverse”, ove siano rispettate le due condizioni richieste dal comma 2 dell'art. 4, vale a dire il livello di protezione e la assenza di ostacoli alla libera circolazione e, per un altro verso, alla opportunità di non applicare la disciplina della salvaguardia dei diritti pensionistici complementari per i lavoratori che si spostano all'interno di un solo Stato membro, secondo il già segnalato comma 5 dell'art. 2.

5 IL DIRITTO DI INFORMAZIONE SULLE CONSEGUENZE DELLA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

Se è questo l'assetto complessivo delineato dal legislatore comunitario, si può comprendere come sia indispensabile non solo la presenza di una specifica disciplina informativa, che peraltro si aggiunge a quelle già contemplate per diverse finalità dall'art. 11 della direttiva 2003/41/CE e dall'art. 7 della direttiva 98/49/CE, ma anche la necessità che il flusso delle informazioni risulti codificato secondo precisi e inequivocabili schemi.

Difatti, in sede di acquisizione e di salvaguardia dei diritti pensionistici complementari, l'informazione è necessaria non solo perché consente di valutare i modelli di pensione complementare offerti, ma può rappresentare l'ago della bilancia al fine di non deprimere il diritto alla libera circolazione e, dunque, la mobilità professionale. Sotto questo

profilo è fondamentale che le informazioni siano fornite, anche più di una volta all'anno, per iscritto «in modo chiaro ed entro un termine ragionevole», distinguendo gli iscritti attivi dai beneficiari differiti.

Nel primo caso è espressamente previsto che gli Stati membri assicurino ad essi di ottenere, su richiesta, informazioni in merito alle conseguenze della cessazione del rapporto di lavoro sui loro diritti pensionistici complementari. In specie, le informazioni devono essere fornite in relazione: a) alle condizioni che disciplinano l'acquisizione di diritti pensionistici complementari e alle conseguenze della loro applicazione in caso di cessazione del rapporto di lavoro; b) al valore dei loro diritti pensionistici maturati o una valutazione dei diritti pensionistici maturati effettuata al massimo nei dodici mesi precedenti la data della richiesta; c) alle condizioni che disciplinano il trattamento futuro dei diritti pensionistici in sospenso. Si aggiunga che qualora il regime pensionistico complementare consenta un accesso anticipato ai diritti pensionistici maturati tramite il pagamento di un capitale, le informazioni fornite devono includere altresì una dichiarazione scritta sulla base della quale l'iscritto può valutare la possibilità di ottenere indicazioni (sebbene però la lettera dell'art. 6 argomenti di un “parere”, dunque rientrante nell'ambito della consulenza e non invece in quello dell'assistenza) riguardo all'investimento di tale capitale per finalità pensionistiche.

In ordine ai beneficiari differiti (e ai beneficiari superstiti) è sancito che essi, su richiesta, ricevano informazioni relative a: a) il valore dei loro diritti pensionistici in sospenso o una valutazione dei diritti pensionistici in sospenso effettuata al massimo nei dodici mesi precedenti la data della richiesta; b) alle condizioni che disciplinano il trattamento dei diritti pensionistici in sospenso.

In sede di trasposizioni di tali norme nel diritto interno, è sufficiente segnalare che se, da un lato, è dato rilevare l'assenza di specifiche indicazioni del legislatore nazionale (fatta eccezione per l'attività informativa in capo al datore di lavoro in sede di adesione alla forma pensionistica complementare *ex* art. 8, comma 8, d.lgs. n. 252/2005), dall'altro lato, che siffatti obblighi di informazione sono specificatamente individuati dall'Autorità di vigilanza, ai sensi dell'art. 19, comma 2, lett. g, d.lgs. n. 252/2005, attraverso l'emanazione della normativa di carattere secondario al fine di evitare o eliminare distorsioni che possano recare nocimento agli associati e dalla quale si rinvengono segnatamente le modalità uniformi di informativa in merito all'andamento amministrativo e finanziario delle forme pensionistiche complementari (da ultimo, ad esempio, si veda la deliberazione Covip del 22 luglio 2010 sia per le comunicazioni periodiche nella fase di accumulo della posizione individuale sia per quelle da rendere in caso di erogazione di prestazioni).