

Licenziamento per motivi economici, piano sociale e cambiamenti nel diritto del lavoro in Germania

di Wolfgang Däubler

Sommario: 1. Il licenziamento per motivi economici. - 1.1. Assenza di una previsione legale dell'indennità. - 1.2. I presupposti del licenziamento per motivi economici. - 1.3. La tutela dei lavoratori tramite i principi della scelta secondo criteri sociali. - 1.4. Altri meccanismi di tutela? - 1.5. Piccole aziende. - 2. Il coinvolgimento del consiglio di gestione nelle modificazioni aziendali. - 2.1. La modificazione aziendale. - 2.2. Le tre conseguenze giuridiche. - 2.3. Sul significato del coinvolgimento del consiglio di gestione. - 3. La questione dell'indennità.

1. Il licenziamento per motivi economici

1.1. Assenza di una previsione legale dell'indennità

A chi viene licenziato legalmente in Germania spettano i propri documenti e un attestato di lavoro - non riceve nessuna indennità. Non è previsto un «trattamento di fine rapporto». Se l'interessato non trova subito un altro impiego, si dichiarerà disoccupato presso l'ufficio di collocamento. Se è potenzialmente disposto ad assumere ogni impiego accettabile, riceverà un'indennità di disoccupazione (*Arbeitslosengeld*). Essa ammonta al 60% dell'ultimo reddito netto; chi deve mantenere almeno un figlio riceve il 67%¹. Bisogna però considerare che non tutte le voci della remunerazione rientrano nella base di calcolo su cui viene computata la percentuale. Ad esempio, non si considerano né le retribuzioni corrisposte durante il periodo feriale né la tredicesima (gratifica natalizia), né altri pagamenti straordinari corrisposti nel corso dell'anno; pure gli straordinari sono irrilevanti, anche se sono stati prestati per molti anni. In pratica, così si passa rispettivamente al 50% e al 57% all'incirca del reddito netto.

L'indennità di disoccupazione viene corrisposta per almeno sei mesi.

¹ Il fondamento normativo è rappresentato dal § 129 SGB III (codice sociale parte 3^a), il quale ha sostituito il codice abrogato AFG il 01.01.1998.

Tale periodo aumenta in relazione all'anzianità di servizio e all'anzianità anagrafica del lavoratore e può arrivare fino ad un massimo di due anni e otto mesi². Qualora, decorso il periodo in cui viene corrisposta l'indennità, il soggetto non abbia trovato un nuovo posto di lavoro, potrà essere richiesto un sussidio di disoccupazione (*Arbeitslosenhilfe*). Il sussidio è inferiore all'indennità di disoccupazione e ammonta rispettivamente al 53% e al 57% della «base di calcolo». Inoltre, la corresponsione del sussidio presuppone che il soggetto si trovi in uno stato di bisogno. Tale stato non ricorre se il reddito del coniuge o del convivente sia superiore a determinati livelli o nel caso in cui il lavoratore abbia beni patrimoniali «convertibili in denaro». Il regolamento del sussidio di disoccupazione (*Arbeitslosenhilfeverordnung*)³ stabilisce dettagliatamente quali siano i beni patrimoniali «convertibili in denaro»; ad esempio, un appartamento in condominio o un saldo attivo di conto non superiore a DM 8.000 non si qualificano come tali. Il regolamento non stabilisce, in linea di principio, un termine decorso il quale il sussidio di disoccupazione non possa più essere corrisposto.

Tuttavia viene sempre concesso soltanto per un anno.

Questa «rete sociale» vale per tutti i lavoratori, ad eccezione dei lavoratori occupati in attività di scarso rilievo: chi non guadagna uno stipendio mensile superiore a DM 630 e lavora meno di 15 ore a settimana non è assicurato contro la disoccupazione e non può quindi pretendere prestazione alcuna⁴. Peraltro, non è possibile un'adesione volontaria all'assicurazione contro la disoccupazione.

1.2. I presupposti del licenziamento per motivi economici

In base al § 1, 2° comma KSchG (*Kündigungsschutzgesetz*, legge per la tutela contro il licenziamento), un licenziamento è socialmente giustificato qualora sia determinato da «urgenti esigenze aziendali» che impediscono un ulteriore impiego del lavoratore⁵. Da decine di anni, la giurisprudenza interpreta la formula relativamente ampia delle «urgenti esigenze aziendali» in modo tale per cui può trattarsi di esigenze cui lo stesso

datore di lavoro può dare vita sulla base di proprie decisioni imprenditoriali⁶. Per esempio, può decidere di ridurre la produzione o di chiudere del tutto l'azienda: in tal caso, non sussistendo più alcuna possibilità di lavoro, il licenziamento del lavoratore è giustificato.

Di regola, il giudice non può sindacare la «correttezza» della decisione imprenditoriale, ad eccezione del caso in cui l'imprenditore agisca in modo «palesamente irrazionale, irragionevole o arbitrario»; ipotesi di questo genere, però, sono state riscontrate solo in pochissimi casi⁷. Il datore di lavoro può quindi autonomamente creare la causa del licenziamento; a differenza di quanto avviene in altri licenziamenti, non ha più luogo un bilanciamento con gli interessi del lavoratore. Il lavoratore potrà continuare a svolgere la propria attività (nella maggior parte dei casi, però, solo provvisoriamente) soltanto in casi di estrema e palese ingiustizia sociale⁸.

Ma in quali casi ricorre una «decisione imprenditoriale»? Più l'estensione del termine diventa vasta, più si riduce la tutela del lavoratore di fronte alla perdita del posto di lavoro. La giurisprudenza recente si è mostrata compiacente con i datori di lavoro: si è così ritenuto che costituisca decisione imprenditoriale anche quella in base alla quale, nel settore di vendita, devono essere impiegati anziché lavoratori dipendenti soltanto lavoratori autonomi⁹, con la conseguenza che tutti i prestatori di lavoro possono essere legittimamente licenziati. D'altronde, il datore di lavoro è libero di stabilire il numero di forze lavorative con cui realizzare gli scopi aziendali; in tal modo diventa possibile distribuire lo stesso lavoro su un minor numero di lavoratori¹⁰. Il limite di legittimità è superato solo qualora la concentrazione delle prestazioni da eseguire sia incompatibile con i contratti di lavoro dei dipendenti rimasti a lavorare nell'azienda (Fischermeier 1997, p. 1090); situazione che, in vista delle formulazioni per lo più poco specifiche nei contratti di lavoro, ricorre piuttosto raramente.

⁶ Cfr. le sentenze fondamentali BAG GS AP n. 1 *sub* § 1 KSchG; BAG AP n. 28 sull'art. 44 del c.d. *Truppenvertrag*.

⁷ Costituisce a questo riguardo una notevole eccezione la sentenza del Tribunale del Lavoro di Gelsenkirchen (ArbG Gelsenkirchen, AuR 1999, riv. n. 1 con nota di Däubler), che ha qualificato «arbitraria» la ulteriore riduzione del personale di un'impresa decisa a fronte di una continua crescita degli utili e di una già effettuata riduzione di oltre la metà del personale.

⁸ Indicazioni fornite da Etzel 1998, *sub* § 1 KSchG a nota 566.

⁹ BAG del 9.5.1996, in DB 1996, p. 2033.

¹⁰ BAG del 24.4.1997, in DB 1997, p. 1776.

² Cfr. la tabella nel § 127, 2° comma SGB III.

³ Del 7 agosto 1974, da ultimo modificato dalla legge del 24 settembre 1996 (BGBl. I, 878).

⁴ Cfr. § 8, 1° comma, n. 1 SGB IV.

⁵ Il tenore letterale della disposizione è più complesso. Vi si prevede infatti che il licenziamento è «socialmente ingiustificato» se non è «condizionato da urgenti necessità aziendali».

1.3. La tutela dei lavoratori tramite i principi della scelta secondo criteri sociali

Siccome le decisioni imprenditoriali spesso riguardano soltanto una parte dei posti di lavoro, si pone il problema della scelta concreta delle persone da licenziare. A questo proposito, il § 1, 3° comma KSchG stabilisce che la selezione venga fatta a seconda di «criteri sociali». Ciò significa che è da licenziare per primo il lavoratore che meno abbia bisogno del posto di lavoro¹¹. Tale valutazione si svolge in tre fasi.

In primo luogo si stabilisce l'insieme dei lavoratori fra loro comparabili. Esso racchiude gli impiegati in grado di sostituirsi a vicenda perché il primo è capace di svolgere il lavoro del secondo, seppure dopo un breve periodo di apprendistato. Per esempio, se da un totale di dieci dattilografi tre di essi diventino «superflui», potendo tuttavia essere impiegati anche nel reparto spedizione, sono da ricomprendere nella scelta secondo criteri sociali anche gli incaricati di mansioni simili.

Accertata la cerchia di soggetti da considerare si svolge la vera e propria scelta sociale. A tal fine vanno considerati tre criteri principali: l'anzianità anagrafica, l'anzianità di servizio ed eventuali obblighi alimentari del soggetto. Però, si devono considerare ulteriori circostanze quali la possibilità di collocamento sul mercato del lavoro, un eventuale precedente infortunio sul lavoro, casi di malattia in famiglia oppure il reddito del coniuge¹². Infine, è necessario effettuare una «valutazione generale» e un paragone con le altre persone valutate secondo gli stessi criteri.

Nello svolgimento del terzo grado di valutazione vengono sottratti alla cerchia di coloro che sono da prendere in considerazione per un eventuale licenziamento i lavoratori il cui ulteriore impiego sia necessario per esigenze tecniche, economiche o per altre legittime esigenze aziendali. Non sono sufficienti diversità di rendimento di per sé sole; queste ultime diversità debbono essere di una rilevanza tale che non si possa rinunciare al lavoratore di maggiore produttività nell'interesse di un regolare funzionamento aziendale¹³.

L'applicazione di questi principi è molto difficile. Nella prassi, tutti i tre gradi di valutazione comportano molteplici incertezze. Ciò conduce spesso il datore di lavoro a sostituire un licenziamento pur possibile a un

accordo di risoluzione (del contratto di lavoro), a cui il lavoratore viene indotto attraverso l'offerta di una indennità. Ancor più diffusi sono i casi in cui il lavoratore licenziato si difende con una *Kündigungsschutzklage* (azione volta a far valere l'illegittimità del licenziamento) per poi concludere una transazione giudiziale, a seguito della quale egli accetta il licenziamento in cambio della concessione di un'indennità¹⁴. Il giudice è tenuto, per legge, a cercare una soluzione di questo tipo, soluzione che è comunque gradita, vista l'ordinaria mole di lavoro che incombe sulla magistratura¹⁵. Di regola, l'indennità ricevuta dal lavoratore ammonta alla somma di mezzo stipendio mensile per ogni anno di servizio prestato nell'azienda.

La legge per incentivare l'occupazione del 25 settembre 1996¹⁶ ha riformato, in taluni punti essenziali, le regole della scelta secondo criteri sociali.

Per la scelta secondo criteri sociali, avrebbero dovuto rilevare esclusivamente i tre parametri fondamentali dell'anzianità anagrafica, dell'anzianità di servizio, e degli obblighi alimentari. Attraverso l'eliminazione di tutti gli altri parametri, si sarebbe dovuta realizzare una maggiore certezza legale per i datori di lavoro. Inoltre, per escludere determinati lavoratori dalla cerchia di quelli eventualmente da licenziare, non doveva più ritenersi necessario il *Bedürfnis* («esigenza») richiesto dalla legge precedente, ma doveva reputarsi sufficiente un legittimo *Interesse* («interesse») aziendale; il criterio dell'*Interesse* veniva considerato più blando di quello del *Bedürfnis*, anche se, dal punto di vista terminologico, tale interpretazione non è così scontata.

Il peso da dare a ciascuno dei tre parametri può essere determinato sulla base di un accordo con il consiglio di gestione oppure di un contratto collettivo di lavoro. Ad esempio, si può instaurare un metodo di punteggio per cui ogni anno di vita superiore ai quarant'anni vale due punti, ogni anno di anzianità di servizio viene valutato un punto e ogni figlio a carico conta cinque punti.

Il consiglio di gestione e la direzione aziendale potevano, in virtù del bilanciamento degli interessi¹⁷, concordare un elenco nominativo delle persone da licenziare. Ai sensi del § 1, 5° comma KSchG ciò comportava che ai soggetti colpiti dal licenziamento non restava che eccepire in giu-

¹¹ Cfr. BAG AP n. 7 e 15, § 1 KSchG *sub betriebsbedingte Kündigung* (licenziamento per motivi aziendali).

¹² Indicazioni in Kittner-Trittin, *Kündigungsschutzrecht*, 1995, *sub* § 1 KSchG, n. 468 e ss. Il riferimento ai redditi del partner ha un'efficacia discriminatoria indiretta onde la sua ammissibilità è dubbia.

¹³ BAG BB 1983, p. 1668, trovando conferma in BAG DB 1985, p. 2206.

¹⁴ Annualmente, vengono instaurati all'incirca 300.000 processi di questo genere, dei quali solo il 10% circa giunge a sentenza; di regola, in tutti gli altri casi vengono concluse transazioni giudiziali o extragiudiziali.

¹⁵ Per ulteriori ragioni per la prassi delle transazioni cfr. Däubler (1994, p. 707 ss.).

¹⁶ BGBl. I, p. 1476.

¹⁷ Cfr. *infra*, *sub* II 2.

dizio la «grave erroneità» della scelta compiuta per ragioni sociali. Così, nella prassi, i processi instaurati contro licenziamenti illegittimi divenivano privi di speranze di successo per i lavoratori e, conseguentemente, veniva meno anche l'interesse da parte dei datori di lavoro a concludere accordi di risoluzione o transazioni che prevedessero la corresponsione di indennità¹⁸. A quanto è dato di apprendere, i consigli di gestione si sono spesso avvalsi della possibilità di redigere liste nominative cercando di negoziare per gli interessati indennità il più possibile elevate¹⁹.

La nuova maggioranza parlamentare ha abrogato questa disposizione con effetto dal 1.1.1999²⁰. Tornano quindi a valere i principi originari della tutela contro il licenziamento. È stata conservata soltanto la possibilità di standardizzare i criteri di scelta attraverso contratti collettivi o accordi aziendali.

1.4. Altri meccanismi di tutela?

Secondo la legge, in caso di licenziamento per motivi aziendali, i lavoratori sono tutelati anche in altri modi. In primo luogo, il licenziamento deve ritenersi illegittimo nel caso in cui ci sia un posto di lavoro libero nell'azienda e questo non venga offerto al lavoratore prima del licenziamento; ciò vale anche quando l'insediamento nel posto di lavoro rimasto libero non possa aver luogo se non dopo una riqualificazione professionale del lavoratore, purché quest'ultima abbia una ragionevole durata. Attualmente, casi di questo genere sono divenuti rari.

Anche il ricorso al lavoro ad orario ridotto (*Kurzarbeit*) è di per sé un rimedio che precede il licenziamento per motivi aziendali²¹. Tuttavia, questo rimedio, per essere applicato, richiede una transitoria turbativa delle attività aziendali. Il datore di lavoro, nella maggior parte dei casi, ha tuttavia la possibilità di denunciare l'esistenza di una turbativa durevole e di adottare, su questa base, le decisioni imprenditoriali che ritiene necessarie. La situazione può cambiare soltanto qualora il consiglio di gestione, avvalendosi del proprio diritto di cogestione per l'introduzione del lavoro ad orario ridotto²², riesca a provare che la turbativa abbia carattere meramente transitorio.

Se nell'impresa è in vigore un contratto collettivo che preveda la possibilità, nel caso di difficoltà economiche, di procedere alla riduzione dell'orario di lavoro in correlazione ad una corrispondente diminuzione dello stipendio, è di questa possibilità che ci si deve in primo luogo avvalere. Un licenziamento che venga effettuato senza sfruttare questa possibilità, sarebbe inefficace²³. La questione dell'esistenza di un ulteriore obbligo generale per il datore di lavoro di cercare, innanzitutto, un accordo per ridurre l'orario di lavoro in caso di riduzione del personale è oggetto di dibattito dottrinale²⁴.

1.5. Piccole aziende

La scarsa tutela offerta dal KSchG in caso di licenziamento per motivi economici viene negata a tutti coloro che sono occupati nelle c.d. piccole aziende, ai quali il KSchG non si applica, secondo quanto previsto dal suo § 23, 1° comma, 2ª frase.

Fino al 1985, si considerava *Kleinbetrieb* («piccola azienda») ogni unità tecnico-lavorativa presso la quale non fossero impiegati più di cinque lavoratori dipendenti. Per effetto della legge per incentivare l'occupazione del 1985²⁵ fu aggiunta una disposizione secondo la quale non venivano considerate nella valutazione persone che lavorassero fino ad un massimo di dieci ore a settimana. Con essa si voleva incentivare ulteriormente l'impiego di lavoratori part-time.

La legge per incentivare l'occupazione del 1996²⁶ ha considerevolmente esteso questa c.d. clausola per piccole aziende (*Kleinbetriebsklausel*). Il limite venne alzato da «più di cinque» a «più di dieci». Inoltre, nel calcolo numerico dei lavoratori, le persone che avessero un orario di lavoro settimanale regolare contavano per un quarto nel caso di dieci ore lavorative, per metà se l'orario arrivava a venti ore lavorative e per tre quarti nel caso di orario non superiore a trenta ore.

La nuova regolamentazione entrata in vigore il 1.1.1999 ritorna alla regola/disposizione del «più di 5» e prende in considerazione anche i lavoratori part-time che nel calcolo valgono metà nel caso di venti ore lavorative settimanali e per tre quarti se le ore settimanali sono fino a tren-

¹⁸ *Amplius* sulla scelta secondo criteri sociali ai sensi del diritto vigente dal 1996, v. Däubler 1998, n. 1048 e ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

¹⁹ *Amplius* sull'indennità cfr. *infra*, sub II 2 nel contesto del piano sociale.

²⁰ Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 14/14 del 10 dicembre 1998, p. 899.

²¹ Tuttavia, la questione è controversa. Cfr. sul punto KR-Etzel sub § 1 KSchG, nota 548.

²² Sulla cogestione e sulla sua applicazione all'ipotesi di lavoro ad orario ridotto v. Däubler 1981, p. 358 ss., 366.

²³ Kittner-Trittin, *Kündigungsschutzrecht*, 3ª ediz., Köln 1997, sub § 1 KSchG, nota 289.

²⁴ *Amplius*, v. Däubler, *Arbeitsrecht* 2, nota 1041 ss.

²⁵ *Beschäftigungsförderungsgesetz* 1985 in BGBl. 1985 I, p. 710.

²⁶ V. sopra n. 17.

ta (come in precedenza). Il limite delle dieci ore settimanali è stato eliminato al fine di non incentivare rapporti di lavoro esenti da assicurazione sociale²⁷.

Importanti innovazioni sono state introdotte da due sentenze del BVerfG (*Bundesverfassungsgericht*, Corte costituzionale tedesca) del 27.1.1998²⁸, che hanno imposto una riduzione teleologica della nozione di «piccola azienda», nel senso che, in pratica, occorre fare, per lo più, riferimento all'impresa (riducendo così considerevolmente il numero degli esclusi dal KSchG). Inoltre, viene fondata sulla Carta costituzionale la necessità di una «tutela minimale contro il licenziamento» la cui concretizzazione spetta alle Corti del lavoro: il lavoratore dovrebbe essere tutelato contro licenziamenti arbitrari o fondati su motivi inconferenti, anche al di fuori dei limiti del KSchG. In quanto si debba fare una scelta tra diversi lavoratori, è dovuta «una certa misura di riguardo ai profili sociali». In conclusione, la fiducia nella prosecuzione del rapporto di lavoro maturata nel corso di una collaborazione pluriennale non dovrebbe rimanere irrilevante. A questo proposito, il legislatore dovrà dettare disposizioni nuove negli anni a venire; altrimenti finiranno per svilupparsi regole di formazione giurisprudenziale.

2. *Il coinvolgimento del consiglio di gestione nelle modificazioni aziendali*

In una serie di casi di grande importanza pratica il consiglio di gestione viene coinvolto prima di decidere della riduzione del personale o di altri cambiamenti fondamentali. In tale caso, esso può soprattutto ottenere la stipulazione di un piano sociale che preveda la compensazione o l'attenuazione delle conseguenze economiche negative che i provvedimenti pianificati comportano per i lavoratori. Ma quando ricorre l'ipotesi che il § 111 BetrVG (*Betriebsverfassungsgesetz*) indica con il termine di «modificazione aziendale» (*Betriebsänderung*)? Quali conseguenze giuridiche ne derivano? Cosa può essere il contenuto d'un piano sociale?

2.1. *La modificazione aziendale*

Nel § 111 sono contemplati due gruppi di decisioni imprenditoriali ben diversi.

Da una parte, si tratta della riduzione delle attività aziendali, che sono spesso (ma non sempre) l'espressione di una crisi nell'impresa. Ciò comprende la chiusura dell'azienda o di una sua parte principale. Una parte di un'azienda è «principale» se, senza di essa, i prodotti avrebbero un altro aspetto oppure qualora ci sia impiegato il 5% del personale e inoltre sussistono i presupposti numerici di un licenziamento collettivo a norma del §17 KSchG.

Nel caso in cui si assegnino i lavori di pulizia ad un'altra impresa, di regola questi presupposti non sussistono: il servizio di pulizia non viene considerato «principale», e di regola il limite del 5% non viene raggiunto²⁹. In questo modo, il consiglio di gestione non può influire su molti casi di *outsourcing*; gli impiegati interessati sono tutelati soltanto se la parte dell'azienda viene trasferita ad un nuovo datore di lavoro e i loro rapporti di lavoro proseguono quindi con quest'ultimo.

D'altronde, una modificazione aziendale intercorre anche in caso di «riduzione aziendale», cioè in caso di riduzione dell'*output* aziendale. Ora, sono immaginabili casi in cui viene licenziato un maggior numero di lavoratori senza che si riduca il risultato di gestione perché i lavoratori rimasti in azienda svolgono anche il lavoro dei licenziati. In questa ipotesi la giurisprudenza, interpretando estensivamente il § 111 BetrVG, ha riconosciuto l'esistenza di una riduzione aziendale quando, ferma restando l'entità delle prestazioni aziendali, vengano indotte a lasciare l'impresa quantità di lavoratori dipendenti corrispondenti a quelle che caratterizzano un licenziamento collettivo a norma del § 17 KSchG³⁰. La legge per incentivare l'impiego del 1985, da un lato, ha confermato ciò nell'allora introdotto § 112a BetrVG, dall'altro, tuttavia, ha fatto dipendere l'obbligatorietà del piano sociale dalla circostanza che vengano raggiunti numeri superiori.

Oltre a questi «casi problematici», il termine di «modificazione aziendale» comprende, in secondo luogo, anche determinate trasformazioni normalmente dovute a processi di razionalizzazione. Ad esempio, sono inclusi il trasferimento, la fusione e la scissione di aziende, casi questi di notevole rilevanza, alla luce della frequenza e della diffusione dei fenomeni di ristrutturazione di imprese. Sono poi comprese importanti modifiche dell'organizzazione aziendale come, ad esempio, il passaggio al

²⁹ V. il caso BAG DB 1989, p. 883.

³⁰ Il § 17 KSchG ha adottato il numero dei licenziati stabilito dalla direttiva comunitaria sul licenziamento collettivo (Abl del 26.6.1992, n. L 245/3); però nel § 111 BetrVG non si richiede che detto numero venga raggiunto nell'arco di un mese.

²⁷ Per l'impiego esente da assicurazione sociale v. sopra alla nota 4.

²⁸ BVerfG DB 1998, p. 826 ss., p. 829 ss.

lavoro di gruppo ovvero l'introduzione di metodi di lavoro e procedimenti di fabbricazione radicalmente innovativi.

È controverso se le ipotesi citate nel § 111 abbiano carattere tassativo: la dottrina dominante propone di includere nel campo di applicazione della norma provvedimenti simili a quelli ivi previsti che possano arrecare gravi pregiudizi al personale o a considerevoli parti di esso³¹.

Tuttavia, è importante porre un limite: i diritti che può far valere il consiglio di gestione in caso di modificazione aziendale sussistono soltanto qualora siano regolarmente impiegati presso l'azienda più di 20 lavoratori aventi diritto al voto. Quindi, per piccole unità, valgono sempre i criteri delineati sopra (*sub I*). Lo stesso vale per i casi in cui, in un'azienda con più di venti lavoratori dipendenti, non sia stato eletto un consiglio di gestione.

2.2. Le tre conseguenze giuridiche

Se ricorre una modificazione aziendale nel senso sopra descritto, si verificano tre conseguenze.

Il datore di lavoro deve informare il consiglio di gestione della modificazione aziendale prevista «tempestivamente e ampiamente» ai sensi del § 111. «Tempestivamente» significa che il consiglio di gestione deve essere coinvolto quando la decisione ancora non sia stata adottata, così da consentirgli di influire sulla formazione della volontà del datore di lavoro. «Ampiamente» significa che tutte le circostanze economiche e sociali devono essere messe in evidenza; all'occorrenza, debbono essere consultati esperti per dare al consiglio di gestione la possibilità di comprendere le ragioni della direzione aziendale ed altresì di sviluppare proprie considerazioni e proposte. Nella prassi, tuttavia, questo modello normativo spesso non si realizza.

In secondo luogo, il datore di lavoro deve negoziare un cosiddetto compromesso d'interessi (*Interessenausgleich*) con il consiglio di gestione. Negoziare un *Interessenausgleich* significa che il consiglio di gestione ed il datore di lavoro raggiungono un'intesa circa l'esecuzione del previsto provvedimento in quanto tale³². Se tale compromesso non viene stipulato, ogni parte può fare appello all'ufficio di conciliazione, che è composto da un numero uguale di rappresentanti del datore di lavoro e del

consiglio di gestione e presieduto da una persona neutrale³³. In questa sede prosegue la trattativa, però una decisione vincolante non può essere presa contro la volontà del datore di lavoro. Egli è quindi libero di prendere la decisione che può sembrargli la più adeguata nel caso in cui la trattativa condotta presso l'ufficio di conciliazione non abbia avuto esito; anche in questo caso il legislatore ha voluto rispettare la libertà imprenditoriale.

Le trattative funzionali alla conclusione del compromesso d'interessi sono importanti in quanto le parti coinvolte guadagnano tempo per raggiungere una soluzione migliore rispetto a quella inizialmente prevista. Se il datore di lavoro non sfrutta le possibilità d'accordo del tutto, se omette, ad esempio, di rivolgersi all'ufficio di conciliazione, deve, secondo il § 113 BetrVG, pagare ai lavoratori licenziati il cosiddetto *Nachteilsausgleich*, cioè un risarcimento, il cui ammontare viene stabilito in modo simile a quanto avviene nel caso di transazione giudiziale³⁴. Più importante è il fatto che, secondo la giurisprudenza di alcuni tribunali del lavoro (*Landesarbeitsgerichte*), si possa, attraverso un provvedimento d'urgenza, vietare al datore di lavoro di effettuare licenziamenti, fino a quando non si sono concluse le trattative relative al c.d. compromesso d'interessi³⁵: le trattative sarebbero inutili se il datore di lavoro avesse già posto in essere un *fait accompli*. Il legislatore del 1996 voleva escludere il pericolo di ritardi instaurando, per le trattative, un termine di due mesi e, per la procedura davanti all'ufficio di conciliazione, un termine di un mese; le corrispondenti integrazioni al § 113 BetrVG sono, però, successivamente state abrogate con effetto dal 1.1.1999³⁶.

In terzo luogo, la commissione interna può (e deve) negoziare un c.d. piano sociale. Questo deve avere ad oggetto «la compensazione o la riduzione dei pregiudizi economici subiti dai lavoratori a causa della modificazione aziendale prevista». Se incombono licenziamenti, piani sociali prevedono soprattutto indennità. Sono previste, inoltre, prestazioni per un prepensionamento e per misure di riqualificazione e aggiornamento professionale. Anche in caso di prosecuzione dell'attività lavorativa in un altro posto di lavoro possono verificarsi pregiudizi, quali un incremento delle spese di viaggio, perdite di tempo per un allungamento dei tragitti e così via, per i quali viene spesso concessa un'indennità.

³³ Per dettagli sull'ufficio di conciliazione v. Däubler (1981, p. 362 ss.).

³⁴ A questo proposito, v. sopra par. 1.3. Tuttavia, è da considerare che i titoli derivanti dal *Nachteilsausgleich* vengono computati con titoli derivanti dal piano sociale, cosicché hanno un valore pratico relativamente scarso.

³⁵ Per dettagli v. Däubler (1998, §§ 112, 112a e nota 23).

³⁶ V. sopra nota 21.

³¹ Cfr. Däubler 1998, § 111 a nota 33.

³² Ad esempio, il consiglio di gestione è d'accordo con il licenziamento di 40 impiegati perché il datore di lavoro aveva inizialmente elencato all'incirca 100 persone da licenziare.

Se il consiglio di gestione e la dirigenza aziendale non giungono ad un accordo circa il piano sociale, entrambi possono rivolgersi all'ufficio di conciliazione. A differenza di quanto succede per il compromesso d'interessi, esso, in tale caso, può adottare decisioni vincolanti; per questo, basta che il presidente (nella maggior parte dei casi si tratta di un giudice del lavoro) voti con i rappresentanti di una delle parti. Sotto questo profilo, si ha una situazione identica a quella che si verifica in altri casi di diritti di cogestione attribuiti al consiglio di gestione.

L'ufficio di conciliazione deve rispettare determinate disposizioni legislative quando stabilisce il contenuto del piano sociale. Ai sensi del § 112, comma 5, frase 1 BetrVG, deve sia tener conto degli interessi sociali dei lavoratori coinvolti, sia valutare la sostenibilità economica delle proprie decisioni da parte dell'impresa. Il significato concreto di quest'ultimo presupposto è discusso (Däubler 1998). La sola cosa certa è che non può essere imposto all'impresa un onere complessivo tale da mettere in pericolo ulteriori posti di lavoro. Di regola, si concordano aliquote di indennità simili a quelle che vengono stabilite nelle transazioni giudiziali; la Corte suprema del lavoro (BAG), però, ha ammesso un piano sociale che prevedeva un'indennità di uno stipendio mensile per ogni anno d'anzianità di servizio³⁷. In casi particolari, sono pensabili anche importi maggiori se si tratta di imprese economicamente molto sane, la media però dovrebbe essere sensibilmente inferiore a uno stipendio mensile. Così, solo in casi relativamente favorevoli viene raggiunto, dopo lunghe trattative, un livello che, in Italia, è invece previsto dalla legge e che, notoriamente, ha un fondamento di carattere social-conservatore e non social-rivoluzionario.

2.3. *Sul significato del coinvolgimento del consiglio di gestione*

Le regole qui delineate si propongono di guidare, in una certa misura, la condotta delle imprese. Le norme legislative offrono una «certa garanzia» contro l'eventualità che l'imprenditore decida una modificazione aziendale con negligenza e senza tener conto degli interessi sociali del personale, e assicurano che egli realizzi questa modificazione con le modalità «il più possibile rispettose delle esigenze del personale»³⁸. A questo riguardo bisogna considerare che, per raggiungere questo scopo, vengono previsti soltanto incentivi e non disposizioni normative vincolanti.

³⁷ BAG AP n. 41 riguardo a § 112 BetrVG del 1972.

³⁸ Così BAG AP n. 4 riguardo a § 111 BetrVG del 1972.

Proprio il fatto che non si possono determinare con precisione né il costo della modificazione aziendale né la durata della procedura sul compromesso d'interessi dovrebbe fare in modo che vengano effettuate soltanto modificazioni aziendali veramente necessarie. D'altronde, il riferimento alla «sostenibilità economica» da parte dell'impresa assicura la flessibilità necessaria perché possa tenersi conto volta per volta della concreta situazione dell'impresa.

Oltre alla funzione di guida, i §§ 111-113 BetrVG hanno allo stesso tempo una funzione di tutela dei lavoratori. Se possibile, questi ultimi non devono subire pregiudizi da una modificazione aziendale. Ove ciò non sia possibile, almeno gli svantaggi economici devono essere compensati o mitigati tramite un piano sociale. Secondo una risalente sentenza del BAG³⁹, quest'ultimo dovrebbe sia assicurare una indennità per la perdita del posto di lavoro sia rappresentare un aiuto transitorio (c.d. *Überbrückungshilfe*). La giurisprudenza più recente accentua maggiormente questo secondo significato⁴⁰. Tuttavia, la tutela fornita dai §§ 111-113 BetrVG è assai lacunosa: di regola, chi lavora in un'azienda senza consiglio di gestione o con meno di 21 dipendenti, non ha alcuna *chance* di conseguire le prestazioni che caratterizzano il piano sociale. Inoltre, non viene in alcun modo garantito che il consiglio di gestione, nei casi in cui esista, effettivamente sfrutti tutte le possibilità di negoziato di cui dispone.

Oltre alle funzioni di controllo e di tutela, sussiste una funzione satisfattoria. La circostanza che lo scioglimento del rapporto di lavoro sia stato oggetto di negoziato e che in conclusione si sia dovuto raggiungere un compromesso fa sembrare più accettabile la situazione: si è dovuto abbandonare il posto di lavoro, ma non lo si è fatto «senza lottare» e non ci si è ridotti a semplici oggetti spostati qua e là. La procedura di conciliazione crea consenso. In questo modo, rimane un minimo di lealtà politica di fondo, rispetto ad un ordinamento dell'economia di mercato, che rischierebbe altrimenti di essere aspramente criticato.

3. *La questione dell'indennità*

Il compromesso d'interessi e il piano sociale sono istituti giuridici profondamente radicati nella coscienza della popolazione e degli attuali

³⁹ Del 13.12.1978, AP n. 6 riguardo a § 112 BetrVG del 1972.

⁴⁰ BAG NZA 1991, 111; BAG DB 1994, 102.

detentori del potere. Nessuna persona ragionevole potrà ammettere che saranno messi in discussione negli anni a venire. Tuttavia, sussiste un punto centrale la cui sorte futura sembra piuttosto incerto: l'eventuale indennità in caso di perdita del posto del lavoro.

L'atteggiamento tradizionale della giurisprudenza era straordinariamente favorevole all'indennità: quest'ultima godeva di privilegi fiscali e poteva inoltre essere conseguita anche da colui che era rimasto disoccupato per un determinato periodo e aveva, per questo, ricevuto (soltanto) le prestazioni sopra esposte (v. I 1). Entrambi questi punti sono attualmente messi in discussione.

Fino ad ora, secondo il § 3 N. 9 EStG (= *Einkommenssteuergesetz*), indennità di un importo non superiore a 24.000,- DM erano esenti da imposta. Quest'importo era elevato a 30.000,- DM se il lavoratore aveva compiuto 50 anni e il rapporto di lavoro era durato almeno 15 anni. Se poi il lavoratore aveva almeno 55 anni ed aveva lavorato almeno 20 anni per lo stesso datore di lavoro, erano esenti da imposta 36.000,- DM. Importi superiori erano, in base al § 34 EStG, tassabili a mezza aliquota d'imposta. Ora, cioè dal 1.4.1999 in poi, le esenzioni sono dimezzate e, inoltre, vengono ridotte nella misura corrispondente a quella per cui l'indennità supera i 50.000,- DM. Inoltre, la mezza aliquota d'imposta è stata abrogata; riguardo a questo sussiste soltanto la possibilità di ripartire gli oneri tributari in 5 anni.

Ancora più problematica è la questione se ed in che misura l'indennità possa essere sommata al sussidio di disoccupazione. Originariamente, ciò era previsto soltanto per il caso specifico in cui il termine di licenziamento non veniva rispettato; si voleva così evitare che un corrispettivo in verità dovuto venisse trasformato in indennità e che venisse preteso subito (senza aspettare la scadenza del termine di licenziamento) il sussidio di disoccupazione. In seguito, venne introdotta la disposizione del § 117a AFG, secondo la quale l'indennità viene computata parzialmente qualora sia stato stabilito un c.d. *Sperrfrist* (tempo d'attesa): tale periodo è sempre previsto quando il lavoratore ha cagionato lui stesso la perdita del posto di lavoro, ad esempio concludendo di sua iniziativa un accordo di risoluzione. Un ordine di servizio dell'Ente federale per il lavoro (*Bundesanstalt für Arbeit*) del 19.12.1996⁴¹ ha equiparato quest'ipotesi a quella in cui il lavoratore non proceda per vie legali di fronte ad un licenziamento palesemente infondato (Seggern 1997, p. 99 ss.). In questo modo, sono stati resi di fatto impossibili accordi di risoluzione con i lavoratori di maggior anzianità anagrafica e di servizio, i quali, in applicazione dei

principi sulla scelta secondo criteri sociali, non potevano, di regola, essere licenziati.

La nuova disposizione del § 140 SGB III ha introdotto il computo generale di tutte le modalità di indennità sul sussidio di disoccupazione⁴². In virtù di una norma transitoria, però, questa disposizione, per la maggior parte dei lavoratori, non entrerà in vigore prima del 7.4.1999. La disposizione prevede quanto segue: l'indennità viene computata sulla metà del sussidio di disoccupazione. Allo stesso tempo, però, non possono essere toccate determinate esenzioni.

L'esenzione di base copre il 25% dell'indennità. Ogni 5 anni d'anzianità di servizio, l'importo si accresce del 5%.

Lavoratori di maggiore anzianità anagrafica godono di un'esenzione maggiore. Chi, al termine del rapporto di lavoro, si trova nella fascia tra i 50 e i 55 anni, riceve il 40%, chi invece ha più di 55 anni riceve il 45%. Anche in questo caso, si verifica un incremento del 5% per ogni 5 anni d'anzianità di servizio. Ad esempio, chi ha 57 anni ed è stato impiegato nell'azienda per 21 anni, ha un'esenzione del (45 + 4 per 5 =) del 65%.

In ogni caso, un importo pari a 10.000,- DM rimane esente da computo.

La nuova maggioranza parlamentare ha affidato al dialogo sociale tra sindacati e datori di lavoro (*Bündnis für Arbeit*) la decisione circa la conservazione di questa disposizione, nei confronti della quale anche i datori di lavoro si sono espressi in termini critici. Quale sarà l'esito resta ancora da vedere. Un'abolizione completa dovrebbe essere piuttosto improbabile, tuttavia è prevedibile un aumento delle esenzioni.

Se le linee di fondo della disciplina del computo vengono conservate, le eccezioni alla regola acquistano particolare importanza. In primo luogo, i pagamenti del datore di lavoro alla Cassa per le pensioni (*Pensionfonds*) sono esenti; in questo modo, possono essere più o meno compensate diminuzioni della pensione dovute al prematuro ritiro dall'attività lavorativa. Più importante della prima è però la seconda eccezione: il computo è soppresso qualora, dopo il suo ritiro, il lavoratore sia occupato da un altro datore di lavoro, che non appartenga al gruppo industriale di cui fa parte il precedente. Viene così ricompresa soprattutto l'attività delle c.d. compagnie di occupazione e di qualificazione, il loro scopo principale essendo la riqualificazione e l'aggiornamento professionale di lavoratori. Se un piano sociale prevede la promozione di tali compagnie con mezzi del datore di lavoro, l'amministrazione del lavoro può, sulla base dei

⁴¹ AuR 1997, 108.

⁴² Vi sono comprese anche le indennità negoziate in un accordo di risoluzione o in una transazione giudiziale.

§§ 254 ss. SGB III in vigore dal 1.1.1998, accordare notevoli sovvenzioni. La finalità effettivamente perseguita dal legislatore appare consistere in questo: il finanziamento di provvedimenti di formazione professionale deve, sempre di più, prendere il posto delle indennità liberamente disponibili. Si tratterà di vedere se la funzione tutelare e soddisfacente del sistema tradizionale possa venire assolta anche in questo modo. Una politica così modificata è ragionevole soltanto se la qualificazione porta, nella maggior parte dei casi, a una reintegrazione nel sistema lavorativo. Altrimenti la Germania potrebbe avere buone possibilità di possedere, un giorno, «l'esercito» dei disoccupati più qualificati del mondo.

Riferimenti bibliografici

- Däubler W. (1981), *Diritto Sindacale e Cogestione nella Germania Federale*, a cura di Marcello Pedrazzoli, Milano: Angeli.
- Däubler W. (1994), *Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo.
- Däubler W. (1998), *Arbeitsrecht 2*, 11ª ed., Reinbek.
- Däubler W. (1998), *Commentario al BetrVG*, in Däubler, Kittner, Klebe (a cura di), 6ª ed., Köln.
- Etzel (1998), in Becker, Etzel, Fischermeier *et al.*, *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht* (abbreviazione corrente: KR), 5ª ed., Neuwied.
- Fischermeier (1997), in NZA, p. 1090.
- Kittner-Trittin X. (1995), *Kündigungsschutzrecht*, 2ª ed., Köln.