

Direttiva riguardante il distacco di lavoratori - un mezzo per contrastare il dumping sociale?

ad opera del professor Wolfgang Däubler, Brema

I. Preambolo

1. Gli oneri sociali come fattore geografico

In seno alla CE, gli oneri sociali variano notevolmente in funzione degli Stati membri. Stando ai dati della Commissione CE per il 1990, i salari convenzionali più bassi variavano tra 1,5 ECU in Portogallo e 2,20 ECU in Grecia e tra 7,11 ECU in RFG e 13,32 ECU in Danimarca. Il reddito pro capite delle dieci regioni più ricche della CE era superiore del 160% a quello delle dieci regioni più svantaggiate. Rispetto ad alcuni paesi terzi - in particolare d'Europa orientale e del Terzo Mondo - i divari risultano ancor più flagranti. Di norma, il vantaggio concorrenziale costituito dai bassi costi di manodopera è ampiamente compensato da altri fattori: la mancanza di personale qualificato, lo scarso rendimento delle infrastrutture e un'amministrazione pubblica difficilmente previsibile costituiscono inconvenienti ai quali viene attribuito un maggiore peso nelle decisioni di investimento. Non esistono quindi motivi di isolare i produttori che impiegano manodopera a basso costo: ciò equivarrebbe a un vero e proprio protezionismo. Peraltro, non si può parlare di dumping in senso giuridico quando ad un produttore straniero si apre la possibilità di offrire i propri prodotti a miglior prezzo perché i costi di manodopera sono più vantaggiosi.

2. Vanno garantite norme minime?

I problemi di ordine giuridico possono sorgere quando la produzione avviene in condizioni di lavoro che rechino pregiudizio alla dignità umana. La Corte di Giustizia europea è stata chiamata a statuire se non vi fosse infrazione al paragrafo 1 dell'UWG (legge sulla repressione della concorrenza sleale) nel fatto che la Germania importasse amianto a basso costo prodotto in Corea del Sud senza che venissero adottate misure di protezione del lavoro generalmente applicate in Europa. A tutt'oggi, né il legislatore né la giurisprudenza sono stati in grado di definire criteri precisi che consentissero di determinare gli abusi in materia. Esistono numerose norme minime internazionali quali, ad esempio, quelle dell'OIL, le garanzie di un "salario adeguato" e di "condizioni di lavoro sicure e sane" contenute all'articolo 7 della Convenzione ONU sui diritti economici, sociali e culturali nonché le "clausole sociali" che figurano nelle convenzioni internazionali sulle materie prime e che impongono "fair Labour standards". I loro termini precisi e il loro carattere vincolante come diritto internazionale scritto o diritto consuetudinario continuano tuttavia ad essere rimessi in discussione. Attualmente, va continuamente tenuto conto del fatto che, malgrado i nuovi impulsi nel diritto relativo ai paesi in via di sviluppo, le condizioni di produzione non godono di grande stima nel diritto tedesco e che, oltre all'espressione "pecuni non olet", esiste anche l'espressione "merx non olet". Da questo punto di vista, sembra che non venga applicato neanche il regolamento CE sulle pratiche commerciali illecite da parte dei paesi terzi.

3. La problematica dei lavoratori migranti

Le differenze nei costi salariali possono assumere conseguenze più gravi quando i lavoratori migrano dai paesi meno sviluppati verso quelli "più ricchi" ed accettano salari il cui livello si situa tra quello del paese di origine e quello del paese di accoglienza.

Il paragrafo 2 dell'articolo 48 del trattato CEE vieta espressamente qualsiasi discriminazione. Versare un salario "di straniero" ad un lavoratore metallurgico equivale quindi ad una violazione del diritto comunitario. Apparentemente, le discriminazioni evidenti nei confronti dei lavoratori stranieri sono casi veramente eccezionali; è tuttavia indubbio che regnino tipi mascherati di discriminazione soprattutto contro le donne ed altri gruppi svantaggiati.

4. La problematica dei lavoratori distaccati

Una situazione di dumping analoga può inoltre prodursi quando i lavoratori di un paese in cui la manodopera è a basso costo vengono inviati dal datore di lavoro in un paese ad alto livello salariale per lavorare in cantieri stradali o per guidare camion. In questi casi specifici, il diritto in vigore in materia di conflitti tra leggi consente molto raramente di far concordare de jure e de facto la situazione di questi lavoratori con le disposizioni del diritto del lavoro: l'articolo 30, paragrafo 2 dell'EGBGB (legge introduttiva al codice civile) prevede che un'attività temporanea in un altro paese non modifica assolutamente il diritto applicabile e che, anche in caso di distacco prolungato, sussistono generalmente "legami piuttosto stretti" con il diritto applicabile fino a quel momento. In realtà, si assiste di norma ad un drastico "dumping salariale". Il Parlamento europeo ha così esaminato una domanda di un deputato portoghese che evocava il problema dei lavoratori portoghesi distaccati in Francia per la costruzione del complesso Euro-Disney, il cui trattamento salariale è stato cinque volte inferiore al salario normale dei lavoratori francesi. Nel settore della costruzione sono sempre più frequenti i casi di lavoratori polacchi assunti in virtù di (falsi) contratti di lavoro per 5 (massimo 8) DM l'ora. Nel rapporto annuale 1989/1990, il comitato di esperti era già insorto contro tali pratiche, sottolineando che queste avrebbero portato ad una segmentazione del mercato del lavoro e generato tensioni tra la manodopera nazionale e quella migrante. Lo stesso comitato richiamava inoltre l'attenzione sul fatto che "le possibilità del legislatore nel campo del diritto del lavoro e del diritto sociale verrebbero aggirate in quanto i regolamenti di altri paesi sarebbero applicati all'interno delle frontiere nazionali in proporzioni ormai incontrollabili, nella misura in cui le aziende straniere esercitano le proprie attività nel paese in questione. Ne risulterebbero trasferimenti di sedi verso paesi con norme sociali e condizioni di lavoro meno severe. Situazioni simili sarebbero causa di conflitti tra i diversi paesi ...".

Di fronte a tali disfunzioni dei mercati del lavoro, è possibile prendere misure a livello nazionale e sul piano comunitario. Nell'agosto 1991, la Commissione delle Comunità europee ha proposto di pubblicare una direttiva "riguardante il distacco di lavoratori effettuato nell'ambito di una prestazione di servizio". Il Parlamento europeo ha in seguito emesso alcuni pareri in merito a tale proposta. Esamineremo ora da più vicino questa direttiva poiché essa affronta un problema di cui nessuno può più ignorare l'importanza.

II. Contenuto della proposta di direttiva

La direttiva ha per obiettivo di rendere imperativo uno "zoccolo duro" di condizioni di lavoro nel paese di accoglienza, anche nel caso in cui i lavoratori vengano distaccati. Il fatto che il diritto tedesco in materia di conflitto tra le leggi si basi sulla Convenzione di Roma del 20 giugno 1980 riguardante la legge applicabile agli obblighi contrattuali non ha importanza poiché l'articolo 20 di questa stessa convenzione dichiara esplicitamente la prevalenza del diritto comunitario.

1. Il concetto di "distacco"

Ai sensi dell'articolo 2 della proposta di direttiva, vanno presi in considerazione tre casi:

Il punto (a) riguarda il distacco propriamente detto: l'azienda distacca, ai fini dell'esecuzione di un contratto d'opera o di un servizio; un lavoratore sul territorio di uno Stato membro per conto e sotto la direzione dell'azienda stessa.

Il punto (b) riguarda il lavoro di noleggio transnazionale: "l'azienda di lavoro temporaneo" mette un lavoratore a disposizione di "un'azienda utente" insediata o operante in uno Stato membro, a condizione che, durante il periodo di distacco, esista una relazione di lavoro tra l'azienda di lavoro temporaneo e il lavoratore.

Il punto (c) riguarda in modo particolare il noleggio di lavoratori all'interno di un Konzern: l'azienda mette un lavoratore a disposizione di uno dei propri stabilimenti o di un'altra azienda situata in uno Stato membro, a condizione che, durante il periodo di distacco, esista una relazione di lavoro tra l'azienda e il lavoratore. Questo caso è diverso da quello previsto al punto (b) in quanto il datore di lavoro che invia i lavoratori è un'azienda normale di produzione o di prestazione di servizi. Nella terminologia tedesca, si tratta realmente di un lavoro di noleggio ("Leiharbeit").

Per "azienda di lavoro temporaneo" si intende qualsiasi azienda che si basa sul principio di libera prestazione di servizi di cui agli articoli 59 e seguenti del trattato che istituisce la CEE. Nella definizione ricadono anche le aziende la cui sede non si trovi nella Comunità europea. Va notato che, in ogni caso, la relazione di lavoro intercorre con l'azienda che distacca i lavoratori. Qualora un datore di lavoro adottasse una diversa posizione, si tratterebbe di una questione riguardante la libera circolazione dei lavoratori, per la quale l'uguaglianza di trattamento nelle procedure interne della CEE figura già all'articolo 48, paragrafo 2 del Trattato CEE.

2. Lo "zoccolo duro" di regole imperative da osservarsi nel paese di accoglienza

L'articolo 3, paragrafo 1 della proposta di direttiva prevede che, in caso di distacco, vadano applicate, a prescindere dalla legge applicabile alla relazione di lavoro, "le condizioni di lavoro in vigore per un lavoro della stessa natura nel luogo in cui il lavoro viene eseguito a titolo temporaneo". A tal proposito, deve trattarsi di condizioni di lavoro sancite da disposizioni legislative, normative o amministrative, da convenzioni collettive o da lodi arbitrali con effetto "erga omnes" e riguardanti l'insieme della professione e dei settori interessati. Oltre alle disposizioni obbligatorie del diritto del lavoro, vanno prese in considerazione solo le convenzioni collettive obbligatorie erga omnes. Peraltro, tale forza vincolante si applica a materie ben definite quali (elenco non limitativo):

- (1) la durata massima giornaliera e settimanale del lavoro, i periodi di riposo, il lavoro domenicale e il lavoro notturno;
- (2) la durata minima delle ferie pagate;
- (3) i tassi salariali minimi, compresi quelli maggiorati per ore straordinarie e complementi salariali, ma esclusi gli importi versati da regimi professionali privati;
- (4) le condizioni di messa a disposizione dei lavoratori, in particolar modo da parte di agenzie di lavoro temporaneo;
- (5) la sanità, la sicurezza e l'igiene sul lavoro;
- (6) le misure protettive applicabili alle condizioni di lavoro delle donne incinte e delle donne che hanno partorito da poco, dei bambini, dei giovani e delle altre categorie che godono di una particolare protezione;
- (7) l'uguaglianza di trattamento tra uomini e donne e il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sul colore della pelle, sulla religione, sulle opinioni e sull'origine nazionale o sociale.

In virtù dell'articolo 3, paragrafo 2, la durata minima delle ferie pagate e i tassi salariali minimi non hanno forza vincolante se la durata di distacco dei lavoratori, calcolata in base ad un periodo di riferimento di un anno dopo il suo inizio, è inferiore a tre mesi. Al momento del calcolo del periodo di tre mesi, va tenuto conto di tutto il periodo precedente durante il quale il "posto di lavoro" è stato occupato da un lavoratore distaccato. Ciò mira chiaramente ad impedire che venga praticata una rotazione dei lavoratori allo scopo di evitare il superamento del periodo di tre mesi e che, in tal modo, l'eccezione prevista al paragrafo 2 venga estesa ed esca dal suo campo di applicazione.

3. I pareri del Parlamento europeo e delle sue commissioni

Sarà necessario attendere oltre un anno e mezzo prima che il Parlamento europeo prenda posizione sulla proposta di direttiva della Commissione. Durante la seduta del 6 luglio 1992, l'assemblea plenaria ha respinto il primo rapporto della commissione sugli affari sociali, l'occupazione e l'ambiente di lavoro. Il secondo rapporto è stato adottato in sede di assemblea plenaria. I principali emendamenti proposti riguardano il campo di applicazione - le disposizioni della direttiva sarebbero applicabili se la durata dell'attività fosse superiore ad un mese - e le disposizioni applicabili, per le quali andrebbe ormai adottata la prassi locale e non più la forza obbligatoria erga omnes.

III. Critica

1. Un'iniziativa avveduta in partenza ...

La proposta di direttiva ha in ogni caso il merito di affrontare un problema reale che andrà verosimilmente accentuandosi col passare degli anni: quanto maggiore sarà l'interdipendenza economica tra gli Stati membri, tanto più frequenti saranno i casi di distacco che faranno ricorso al noleggio transnazionale di manodopera. La Commissione non mirava a trovare "la soluzione" in grado di armonizzare alcune condizioni di lavoro in seno alla Comunità in quanto, considerati i diversi livelli di sviluppo economico, non esistono ancora le condizioni per creare una vera e propria "base sociale" di misure imperative. Appare pertanto più realistico estendere totalmente o parzialmente le norme in vigore in ogni Stato membro ai lavoratori distaccati dai rispettivi datori di lavoro nei paesi membri in questione. La concorrenza fondata sui costi salariali sarà eliminata o quanto meno attenuata solo a condizione che essa si manifesti su ogni mercato nazionale e che, di conseguenza, si possa usufruire di una sorta di compromesso tra il basso salario del paese d'origine e l'infrastruttura sviluppata di cui gode il paese di accoglienza. La Commissione si limita quindi a coordinare le regole nazionali; la direttiva mira a determinare quali siano i campi di applicazione dello "zoccolo duro" delle condizioni di lavoro minime che vanno osservate dal paese di accoglienza, senza tuttavia pregiudicarne le specificità. Inversamente, senza una tale regolamentazione, si andrebbe incontro ad una situazione in cui ogni Stato membro percorrerebbe strade diverse. In un paese verrebbero applicati i salari minimi, mentre in un altro verrebbe imposto un contributo obbligatorio per l'impiego di infrastrutture comuni nel cantiere di costruzione. Alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, gli Stati membri hanno il diritto di estendere la propria legislazione o le proprie convenzioni collettive ai lavoratori distaccati; si tratta in particolare della posizione adottata dalla Corte di Giustizia nella causa Rush Portuguesa riguardante i lavoratori portoghesi distaccati in Francia. Lo stesso principio viene comunque applicato a condizione che, agendo in modo tale, non si operi una discriminazione, soprattutto mediante doppia imposizione di oneri sociali. In un tale caso specifico, la direttiva avrebbe svolto un ruolo di armonizzazione e avrebbe facilitato l'applicazione della libera prestazione di servizi prevista all'articolo 59 e seguenti del Trattato CEE.

2. ... ma concretizzata in modo inadeguato

La lodevole iniziativa della Commissione non viene rispecchiata nel testo della direttiva proposta. Questa non va infatti molto oltre le disposizioni di diritto nazionale già esistenti in materia di conflitti di leggi e, limitandosi alle sole convenzioni collettive con effetto erga omnes, essa si applica in modo assai diverso in funzione dei singoli Stati membri.

Esaminando uno dopo l'altro i sette punti dello "zoccolo duro", si osserva senza difficoltà che attualmente, fatta eccezione per le ferie pagate e i tassi salariali minimi, la forza obbligatoria rivendicata si applica già ai lavoratori distaccati. Essa riguarda tutte le norme di diritto pubblico che rispettano il principio di territorialità conformemente alla giurisprudenza applicata sino ad ora e che si applicano a qualsiasi lavoro dipendente svolto sul territorio della Repubblica federale di Germania. Così, l'AZO (legge tedesca sulla durata del lavoro), la sospensione dal lavoro prevista ai paragrafi 105b e seguenti del GewO (codice tedesco di regolamentazione delle professioni industriali, commerciali ed artigianali) e la legislazione sulla protezione del lavoro si applicano anche - e senza eccezione - ai lavoratori che esercitano un'attività temporanea in Germania con statuto di straniero. I punti 1 e 5 dello "zoccolo duro" non forniscono quindi nuovi elementi. Lo stesso dicasi per le disposizioni del punto 6 riguardanti le donne incinte, i bambini e le persone affette da gravi handicap. L'uguaglianza di trattamento tra uomini e donne imposta al punto 7 figura già nel diritto comunitario. In base all'articolo 3, paragrafo 3 della legge fondamentale tedesca e del paragrafo 75 della legge tedesca sui consigli di fabbrica non esistono ostacoli al fatto che gli altri divieti di discriminazione sanciti dal diritto comunitario vengano considerati "norme imperative" ai sensi dell'articolo 34 dell'EGBGB (legge introduttiva al codice civile), a prescindere dal fatto che i problemi dei lavoratori portoghesi e polacchi non sono dovuti al fatto che alcuni di essi sono vittime di discriminazione per motivi legati alle loro convinzioni religiose o, come proposto dalla commissione parlamentare sugli affari sociali, a causa delle loro "tendenze sessuali". La Germania, infine, ha sempre vegliato affinché le disposizioni dell'AÜG (legge sul noleggio di manodopera temporanea) si applicassero anche al noleggio transnazionale di lavoratori. Da questo punto di vista, quindi, neanche il punto 4 non

aggiunge nulla di nuovo. Se si fa particolare riferimento alle norme di diritto pubblico, si può considerare che gli altri Stati membri conoscono una situazione paragonabile a quella tedesca.

Non rimangono quindi che le disposizioni riguardanti "la durata minima delle ferie pagate" (punto 2) e "i tassi salariali minimi compresi quelli maggiorati per ore straordinarie e complementi salariali" (punto 3). In questo caso, sorge il problema che, ai sensi del diritto tedesco sulle convenzioni collettive di lavoro, i tassi applicabili ai salari e alle ferie vincolano solo i membri delle due organizzazioni e non producono quindi effetti erga omnes. La forza obbligatoria generale costituisce un'eccezione in questo settore. Anche in paesi come la Francia la direttiva non ha motivo di esistere. Sembra che solo il diritto spagnolo faccia della forza obbligatoria erga omnes una regola di fatto, applicandosi tuttavia solo qualora i contratti collettivi abbiano rispettato la procedura prevista nello statuto dei lavoratori e che non si tratti di contratti collettivi di lavoro "non statutari" assai correnti. E' ovvio che la direttiva non si giustifica neppure nel caso della Gran Bretagna, dove i "gentlemen's agreements" acquisiscono forza obbligatoria solo in virtù di convenzione esplicita o tacita nel contratto di lavoro. Pertanto, riveste maggiore importanza sapere se le disposizioni riguardanti le ferie e i salari minimi sono applicabili esclusivamente ai lavoratori distaccati per un periodo di almeno tre mesi, se lo sono dopo un mese oppure se entrano in vigore immediatamente.

Nella sua formulazione attuale, questa direttiva rappresenta un buco nell'acqua per la maggior parte degli Stati membri, in grado tutt'al più di sollevare problemi di interpretazione e difficoltà pratiche supplementari. Qualora, per un'attività determinata, le regole imperative di sicurezza e di igiene sul posto di lavoro si applichino anche ai lavoratori distaccati, vi vanno ovviamente assimilate anche le misure di prevenzione degli incidenti delle associazioni di categoria. Si è invece più restii a farlo quando si tratta di convenzioni di fabbrica in quanto il ridotto campo di applicazione non permette di coprire l'insieme della professione. Nel caso di montatori che lavorano in diversi Stati membri, risulterebbe molto oneroso definire le ferie annuali sulla base di settori di attività diversi, disciplinati da regolamentazioni diverse. Ammettendo che sia possibile, cosa succederebbe qualora altre regolamentazioni adottassero una posizione diversa da quella della Corte federale del lavoro in materia di rinvio delle ferie all'anno successivo e di malattia di lunga durata? Ciò farebbe senza alcun dubbio la fortuna degli uffici di consulenza giuridica.

Il problema si configura in modo diverso se si seguono le proposte del Parlamento. Rinunciando alla forza obbligatoria erga omnes adottando regimi di ferie e di retribuzione locali gli obiettivi iniziali della Commissione verrebbero centrati in misura maggiore. Basandosi sul sistema giuridico, si potrebbe trarre ispirazione dalla prassi consuetudinaria in virtù della quale la manodopera a tempo parziale si vede applicare le stesse condizioni di lavoro degli altri lavoratori. Rimane certo una fluttuazione nei salari (relativamente) limitata ma qualsiasi discriminazione nei confronti dei gruppi di persone protette è assolutamente vietata. Ciò detto, è necessario verificare se le misure si applicano a tutti i tipi di distacco o se è invece fissata una "soglia" di uno o tre mesi. In tal caso, sarebbe opportuno operare, nella misura del possibile, una distinzione in funzione del tipo di distacco: per il lavoro di noleggio e per gli altri casi, in cui il lavoratore viene messo a disposizione di un'azienda nel "paese di accoglienza", possono essere tollerati periodi di brevissima durata, mentre per il distacco "propriamente detto", vale a dire quando la relazione di dipendenza con il paese di origine viene totalmente conservata, andrebbe permessa una maggiore generosità poiché in questo caso il contesto di concorrenza con la manodopera del "paese di accoglienza" è nettamente meno marcato.

IV. Quali alternative?

E' attualmente impossibile prevedere se il progetto di direttiva verrà approvato dal Consiglio dei Ministri nella sua forma attuale o in una versione perfezionata. Tuttavia, tenuto conto del fatto che il Parlamento, molto attento alle questioni sociali, ha incontrato notevoli difficoltà, è di rigore un certo scetticismo. In un tale contesto, per far fronte al dumping sociale emanante dai paesi terzi, la Comunità dispone del solo regolamento sulle pratiche di commercio illecite.

A livello nazionale, invece, sono attuabili diverse misure. Il diritto comunitario permette di basarsi sul diritto del lavoro tedesco per l'aggiudicazione di appalti pubblici di costruzione.

Questa stessa normativa può svolgere un ruolo notevole anche per quanto riguarda gli altri tipi di appalti pubblici.

Peraltro, per lottare contro la concorrenza basata sulla manodopera poco costosa sarebbe più opportuno concentrarsi su quanto previsto esattamente dalle norme imperative di cui all'articolo 34 dell'EGBGB, attualmente applicabili ai lavoratori stranieri sotto contratto di lavoro. E' senza dubbio necessario integrarvi il divieto di praticare salari "da strozzino" nonostante nella letteratura specializzata si difenda sempre più il punto di vista secondo cui è preferibile applicare le convenzioni collettive dichiarate erga omnes invece della giurisprudenza della Corte federale del lavoro quando le relazioni di lavoro sono di pertinenza di un diritto straniero. Tali convenzioni devono tuttavia dotarsi di un campo di applicazione adeguato; nella misura in cui riguardano solo le aziende nazionali, esse non possono essere estese ai casi di distacco tradizionali, neppure tramite una dichiarazione di forza obbligatoria generale.

Esiste infine una recente proposta di riscuotere un contributo di dumping nel settore della costruzione per l'assunzione di manodopera a basso costo al fine di colmare la differenza con i salari nazionali. In virtù di tale strumento verrebbe ad applicarsi, per scopi sociali, una sanzione prevista inizialmente per lottare contro il dumping "propriamente detto". Non è questa la sede opportuna per chiedersi se il legislatore utilizzerà o meno un tale strumento; ai fini della presente riflessione va semplicemente constatato che lo stato nazionale dispone degli strumenti necessari per premunirsi contro le disfunzioni del mercato del lavoro.