



Approfondimenti

I diritti di partecipazione nella direttiva 2003/72/CE

di Cristina Cominato

dottoranda di ricerca presso la cattedra di diritto del lavoro dell'Università di Verona

1. Premessa: l'evoluzione dei diritti di partecipazione nel diritto comunitario

L'adozione della recentissima direttiva 2003/72/CE da parte del Consiglio segna un'ulteriore tappa del lungo ed articolato processo di armonizzazione delle normative nazionali in materia di partecipazione, dato che completa lo statuto di società cooperativa europea, contenuto nel regolamento n. 1435/2003 che accompagna, per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori. È dunque inevitabile il riferimento all'iter formativo della direttiva sullo statuto di società europea, dalla quale la nuova disciplina sembra mutuare l'intero impianto normativo.

Sin dal 1966, sulla base di un'idea di "Società europea" elaborata dal Governo francese nel 1965, la Comunità si è occupata dei diritti di partecipazione. L'elaborazione di un primo progetto vede la luce nel 1970 con la formulazione di una "Proposta di regolamento relativo allo Statuto di una Società per azioni europea", ma solo dopo un trentennio si è giunti all'adozione della direttiva

2001/86/CE, che disciplina il coinvolgimento dei lavoratori nella SE.

Gli ostacoli incontrati, nel corso degli anni che separano la prima proposta dall'adozione della direttiva, sono stati numerosi: in primis l'individuazione di uno schema di SE che fosse applicabile sia ad un sistema societario a due livelli, strutturato cioè in un consiglio direttivo e uno di sorveglianza, che ad un sistema ad un livello costituito dal solo consiglio di amministrazione: il fallimento della proposta del 1970 trova la sua ragion d'essere proprio nell'assenza di regolamentazione per il sistema a due livelli. Meritano inoltre di essere segnalate, al fine di ricostruire il quadro normativo, le due proposte di V Direttiva per l'armonizzazione del diritto commerciale nazionale: mentre la prima (1972) riprende lo schema partecipativo previsto per la SE nel 1970, la seconda (1983) si pone in una diversa prospettiva, proponendo quattro diversi modelli di partecipazione tra cui scegliere. Tuttavia il punto debole di tale proposta viene prontamente individuato nella possibilità di escludere la partecipazione con voto di maggioranza.

Inoltre la necessità di una procedura di informazione e consultazione nelle società con struttura complessa ha costituito l'oggetto della proposta di Vredeling del 1980 arenatasi "nelle secche procedurali della base giuridica prescelta (l'art. 100, richiedente deliberazioni all'unanimità)". Passaggio imprescindibile nella ricostruzione





del quadro normativo, diviene a questo punto la direttiva 94/45/CE sui Comitati Aziendali Europei nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie. Il successo di tale direttiva, unitamente all'emanazione, della Carta dei diritti fondamentali siglata a Nizza nel 2000 che, all' art. 27, disciplina i diritti di informazione e consultazione, ha rivitalizzato il dibattito sulla Società Europea, conducendo finalmente all' adozione della direttiva 2001/86/CE.

Pur tuttavia, ai fini dell'armonizzazione dei diritti di partecipazione, è stata certamente penalizzante la regola dell' unanimità dei consensi prevista dall' art. 137 del Trattato: l' informazione e la consultazione sono infatti inserite tra le materie per cui è richiesta la maggioranza qualificata, mentre la cogestione, partecipazione in senso "forte", richiede la regola dell' unanimità dei voti. Questa differenziazione ha certamente un' efficacia paralizzante che aggrava ulteriormente il già difficile percorso della partecipazione.

Infine problematica fu la scelta della forma per l' introduzione della normativa sulla Società europea. Fino al 1989 infatti tutte le proposte di statuto di SE avevano adottato la forma del regolamento, caratterizzato da obbligatorietà e da applicabilità diretta; tuttavia, data la rigidità di tale strumento normativo, si è preferita una soluzione articolata in due testi: il regolamento per ciò che riguarda lo Statuto di SE e la direttiva, vincolante per il risultato, ma non per la forma e i mezzi di attuazione, in riferimento alla

partecipazione dei lavoratori. Tale soluzione è stata adottata anche con riguardo alla società cooperativa europea, la cui disciplina è infatti suddivisa in un regolamento per lo statuto e in una direttiva per il coinvolgimento dei lavoratori.

Inoltre, come è stato rilevato con riguardo all' iter formativo della SE, "l' incidenza della normativa comunitaria è andata ulteriormente restringendosi e si è circoscritta alle disposizioni di riferimento contenute nell' allegato alla direttiva": l' analisi della recente normativa ci permetterà di verificare l' attualità di tale considerazione anche in relazione alla nuova normativa sulla SCE

2. Informazione, consultazione, partecipazione

Il termine partecipazione ha bisogno di essere precisato poiché non ha un significato univoco: ad esso corrispondono una pluralità di significati, ognuno dei quali costituisce una diversa dimensione e rappresenta la differente intensità attraverso la quale si manifestano i diritti di partecipazione. Ai fini della nostra indagine possiamo individuare due categorie di riferimento: "partecipazione come complesso di diritti di informazione e di consultazione (...) talora prodromici ad attività negoziali concernenti certe decisioni delle imprese (...) per lo più produttive di determinate conseguenze sociali ovvero partecipazione come presenza dei rappresentanti dei lavoratori negli organi societari di amministrazione o di vigilanza, oppure in sedi e/o organismi appositi, composti anche in forma





mista". Si è detto in precedenza della distinzione tra forme di partecipazione debole e forme di partecipazione forte: le prime corrispondono ai soli diritti di informazione e consultazione, le seconde ai c.d. diritti di cogestione i quali, considerando la nozione più ampia, ricomprendono l'inserimento di rappresentanti dei lavoratori negli organi societari e in senso lato possono scendere sino alla codeterminazione di determinate questioni fra direzione e organo di rappresentanza dei lavoratori.

La direttiva in analisi fornisce maggiore specificità alle più generiche definizioni delineate finora, definendo, all'interno delle disposizioni generali, ciascuno dei tre livelli di partecipazione.

Il diritto di informazione è infatti riferito all'organo di rappresentanza dei lavoratori e/o ai rappresentanti degli stessi ed è relativo ai problemi che riguardano la SCE e le sue filiali in altri Stati membri o a questioni che esorbitano dai poteri degli organi decisionali di un unico Stato membro. Fermo restando che i tempi, le modalità e i contenuti attraverso cui vengono fornite le informazioni devono essere tali da consentire una valutazione approfondita della situazione ed eventualmente preparare le consultazioni.

Il diritto di consultazione consente all'organo di rappresentanza dei lavoratori e/o ai rappresentanti degli stessi di esprimere un parere, sulla base delle informazioni ricevute e attraverso l'apertura di un dialogo e di uno scambio di opinioni con l'organo competente della SCE, di

cui è possibile tener conto ai fini delle decisioni dell'impresa.

Infine il diritto di partecipazione si manifesta nel diritto di eleggere o designare alcuni membri dell'organo di vigilanza o di amministrazione oppure nel diritto, sia di raccomandare la designazione di alcuni o tutti i membri di tali organi, sia nel diritto di opporvisi.

Dalle definizioni enunciate nella direttiva 2003/72 emerge, così come è stato detto anche in relazione alla disciplina della SE, "un importante passo avanti rispetto a quelle della Direttiva sui Comitati aziendali europei": infatti viene esplicitato il legame funzionale tra informazione e consultazione, oltre al chiaro riferimento al tempo e alle modalità secondo cui devono essere attuate. Di primaria importanza è inoltre la previsione dei diritti di partecipazione, l'attuazione dei quali, però, non è tuttavia obbligatoria: essi infatti, ad eccezione della normativa sulla SE, non sono stati oggetto di armonizzazione normativa al pari dei diritti di informazione e consultazione.

3. La delegazione speciale di negoziazione

Come detto in premessa, la disciplina del coinvolgimento dei lavoratori nella Società cooperativa europea ricalca in gran parte quella contenuta nella Direttiva 2001/86 sulla SE. Quindi, anche in riferimento a tale tipologia societaria, ritroviamo il vincolo strutturale tra SCE e meccanismi di partecipazione dei lavoratori.





Il regolamento n. 1435/2003 relativo allo statuto della SCE prevede diverse modalità per la sua costituzione, essa infatti può essere creata: da almeno cinque persone fisiche residenti in almeno due Stati membri; da almeno cinque persone fisiche e società ai sensi dell' art. 48, co. 2 del Trattato, nonché da altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato che abbiano la sede sociale in almeno due Stati membri diversi o siano soggette alla legge di due Stati membri diversi; da società, sempre ai sensi dell' art. 48, co. 2, e altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato soggette alla giurisdizione di almeno due Stati membri diversi; mediante fusione di cooperative, di cui almeno due soggette alla legge di Stati membri diversi; mediante trasformazione di una cooperativa se ha una succursale o una filiazione soggetta alla legge di uno Stato diverso da almeno due anni.

Per quanto concerne invece l' organizzazione, lo Statuto offre due alternative: il sistema dualistico composto da un organo di direzione e un organo di vigilanza, e il sistema monistico composto dal solo consiglio di amministrazione. L' opzione tra i due modelli offerti è di per sé irrilevante ai fini della partecipazione, in quanto la scelta del sistema dualistico non comporta necessariamente l' adozione di un modello "forte" di coinvolgimento dei lavoratori.

Un vincolo fondamentale previsto dal regolamento in relazione all' applicazione dei modelli partecipativi è contenuto nelle norme per l' iscrizione della SCE e precisamente nell' art. 11, che al comma 2 prevede che tale iscrizione

non possa aver luogo se non si è raggiunto un accordo sul coinvolgimento dei lavoratori, fatta eccezione per la decisione della delegazione speciale di negoziazione, ex art. 3, comma 6 della direttiva, di avvalersi delle norme in materia già in vigore negli Stati membri di localizzazione e per l' ipotesi di mancato raggiungimento dell' accordo, prevista all' art. 5 della stessa.

La procedura per la partecipazione dei lavoratori, ai sensi dell' art. 3 della direttiva, prevede, per le entità giuridiche che intendono dar vita ad una SCE, l' obbligo di istituire una delegazione speciale di negoziazione (in seguito semplicemente DSN) composta dai rappresentanti dei lavoratori delle suddette entità interessate, il cui obiettivo è la determinazione per accordo scritto delle intese per il coinvolgimento dei lavoratori. Le modalità di elezione dei membri della DSN sono lasciate alla regolamentazione degli Stati membri, purché venga assicurata la presenza di almeno un rappresentante per ciascuna entità giuridica in ogni Stato interessato. Per le decisioni di tale organo il comma 4 dell' art. 3 prevede una doppia maggioranza assoluta: la maggioranza assoluta dei membri della DSN, la quale deve rappresentare la maggioranza assoluta anche dei lavoratori. Tuttavia se l' esito delle trattative dovesse condurre ad una riduzione dei diritti di partecipazione, viene richiesta una ulteriore maggioranza dei due terzi, in relazione però a due sole ipotesi: SCE da costituire mediante fusione in cui la partecipazione copra almeno il 25%





dei lavoratori; SCE da costituire in ogni altro modo in cui la partecipazione comprenda almeno il 50% dei lavoratori.

È tuttavia attribuita, come accennato in precedenza, dall' art. 3, comma 6, all' organo speciale di negoziazione la possibilità di decidere di non aprire i negoziati o di porre termine a quelli già iniziati, con una maggioranza di due terzi, avvalendosi in questo caso delle procedure di informazione e consultazione previste negli Stati membri interessati. Tale decisione interrompe la procedura per la conclusione dell' accordo per almeno due anni ed esclude l' applicabilità delle disposizioni di riferimento, fatta salva la possibilità per le parti di decidere di riaprire i negoziati ad una data anteriore. Trascorsi due anni dalla decisione, è garantita ai lavoratori la possibilità di costringere la DSN a riprendere i lavori attraverso la richiesta scritta di almeno il 10% dei dipendenti. I negoziati hanno durata di sei mesi prorogabili in totale fino ad un anno.

4. Le disposizioni di riferimento

Per quanto riguarda le disposizioni di riferimento, contenute nell' Allegato alla direttiva, esse sono articolate in tre sezioni rispettivamente riguardanti la composizione dell' organo di rappresentanza dei lavoratori, l' informazione e la consultazione ed infine la partecipazione.

La prima di tali sezioni prevede che l' organo di rappresentanza sia composto da lavoratori della SCE e delle sue filiazioni e succursali eletti dai rappresentanti dei lavoratori o, in

assenza di questi, dall' insieme dei lavoratori stessi, in proporzione al numero dei dipendenti impiegati, assegnando a ciascuno Stato un seggio per ogni quota pari al 10% o sua frazione del numero complessivo di lavoratori. Eventuali cambiamenti in seno alla SCE, sue filiali e succursali, determinano la modifica del numero dei membri dell' organo di rappresentanza e dell' assegnazione dei seggi.

Rispetto alle disposizioni di riferimento contenute nella direttiva sulla Società europea, la direttiva sulla SCE prevede un diverso termine, in ordine alla opportunità di rinegoziare un accordo o di mantenere le suddette disposizioni: mentre la prima richiedeva il trascorrere di quattro anni, la seconda prevede che la deliberazione debba avvenire entro quattro anni.

Nel caso di apertura delle negoziazioni l' organo di rappresentanza assume il ruolo riconosciuto dalla direttiva alla DSN. Se il negoziato non si conclude con l' adozione di un accordo, tornano ad applicarsi le disposizioni di riferimento.

La seconda sezione, in materia di informazione e consultazione prevede che l' organo di rappresentanza, sulla base di relazioni periodiche dell' organo competente della SCE, debba essere informato e consultato almeno una volta l' anno. L' organo competente ha inoltre l' obbligo di trasmettere gli ordini del giorno delle riunioni del consiglio di amministrazione o, nel caso di struttura dualistica, degli organi di direzione e di vigilanza, oltre che copia di tutti i documenti





presentati all'assemblea generale dei membri.

Nel caso in cui si verificano circostanze eccezionali quali delocalizzazione, trasferimento, chiusura di imprese o stabilimenti e licenziamenti collettivi l'organo di rappresentanza deve esserne informato. In questi casi avviene la consultazione attraverso una riunione con l'organo competente della SCE, al termine della quale o comunque entro un periodo ragionevole l'organo di rappresentanza produrrà un parere non vincolante. Tuttavia la disattenzione di tale parere da parte dell'organo competente determina, per l'organo di rappresentanza, la facoltà di riunirsi nuovamente al fine di trovare un accordo.

Infine l'ultima parte stabilisce, per la sola ipotesi di SCE costituita mediante trasformazione, che le disposizioni in materia di partecipazione dei lavoratori che si applicavano anteriormente all'iscrizione, continuano ad applicarsi. In ogni altro caso di costituzione di SCE la quota di partecipazione agli organi di amministrazione o di vigilanza applicabile dovrà essere pari alla più alta quota applicabile nelle società partecipanti prima dell'iscrizione. Sono poi indicate le norme sulla ripartizione dei seggi e sulle modalità di raccomandazione dei membri degli organi di amministrazione e vigilanza: si tratta di competenze accordate all'organo di rappresentanza attraverso l'utilizzo del criterio di proporzionalità. È doveroso tuttavia segnalare che la Parte terza dell'Allegato prevede alla lett. c) l'esclusione dell'obbligo di

introdurre disposizioni per il coinvolgimento dei lavoratori nel caso in cui nessuna delle entità giuridiche interessate era soggetta a tali meccanismi prima dell'iscrizione della SCE.

Le modalità di applicazione delle disposizioni di riferimento sono regolate dall'art. 7.

Il ricorso a tali norme è previsto:

- quando le parti si accordano in questo senso;
- se non è stato concluso alcun accordo entro il termine previsto e le parti decidano comunque di procedere con l'iscrizione della SCE, purché ovviamente la delegazione non abbia deciso di avvalersi delle norme sul coinvolgimento dei dipendenti in vigore negli Stati membri coinvolti.

Per quanto riguarda invece le sole disposizioni minime sulla partecipazione, l'art. 7 comma 2 prevede l'obbligo di applicazione di tali norme alle varie ipotesi di costituzione di SCE, prevedendo percentuali di lavoratori coperti da forme di partecipazione già esistenti.

Procedendo nell'analisi dell'art. 7 è importante fornire qualche precisazione in merito alla previsione contenuta nel comma 3. Esso infatti stabilisce che, nell'ipotesi di SCE costituita mediante fusione, gli Stati membri possano decidere di non applicare le disposizioni di riferimento per la parte relativa alla partecipazione: è la c.d. clausola *opting-out* siglata dal Consiglio europeo a Nizza nel 2000, quale compromesso nei confronti delle opposizioni manifestate dalla Spagna.





In proposito, particolarmente problematico è sia il fatto che la previsione riguarda il caso di SCE costituita mediante fusione, ipotesi in cui, dato "il dissolvimento di una o più compagini societarie di diritto nazionale per far luogo alla nuova", il rischio di elusione dei meccanismi partecipativi è più alto, sia il fatto che, nonostante si possa dire in via interpretativa che la clausola in esame "dovrebbe interessare solo i Paesi senza partecipazione «prima»", tuttavia la direttiva non fa alcuna previsione in tal senso. Perciò se l'applicazione fosse possibile anche in Paesi che già conoscono forme di partecipazione, verrebbe ad essere tradito uno dei principali obiettivi della direttiva e cioè la "garanzia dei diritti acquisiti in tema di coinvolgimento".

Infatti il considerando 21 chiarisce che "la garanzia dei diritti acquisiti dai lavoratori in materia di coinvolgimento nell'iter decisionale delle società è un principio fondamentale e obiettivo esplicito della presente direttiva. I diritti dei lavoratori acquisiti prima della costituzione delle SCE dovrebbero essere alla base dell'elaborazione dei diritti di coinvolgimento degli stessi nella SCE": è l'enunciazione del c.d. principio prima/dopo. Da tali riflessioni emerge indiscutibilmente come l'impianto della direttiva sia fondato sull'inserimento di una clausola di non regresso la quale è finalizzata a garantire un livello di partecipazione che non sia mai inferiore a quello già esistente nelle entità giuridiche prima di divenire SCE. Tale garanzia viene in particolare assicurata espressamente nei confronti di una SCE costituita

mediante trasformazione: l'art. 4 comma 4 prevede infatti che nel caso in esame il livello di partecipazione debba essere "quantomeno identico" a quello che esisteva nella cooperativa prima della trasformazione.

5. Riflessioni conclusive

La recente direttiva analizzata richiama, come si è potuto verificare, la stessa struttura e gli stessi contenuti previsti per la Società europea. Tuttavia l'utilizzo di una struttura giuridica così complessa non può che far sorgere i medesimi dubbi.

Sul versante del vincolo tra modalità di costituzione e meccanismi partecipativi si può quindi evidenziare che, se da un lato, la garanzia fornita dalla direttiva circa il mantenimento del già esistente livello di partecipazione è difficilmente eludibile nel caso di costituzione per trasformazione, dall'altro, le previsioni in materia di fusione permettono di escludere i meccanismi di coinvolgimento. La clausola opting-out, infatti, sembra permettere la disapplicazione delle norme della direttiva, sia nel caso in cui le entità giuridiche interessate non conoscano alcuna forma di partecipazione, sia nell'ipotesi in cui essa sia presente.

Inoltre è importante considerare che la direttiva individua un unico modello di partecipazione "in senso stretto" dei lavoratori, quella del loro inserimento nel consiglio di amministrazione o di vigilanza: "il venir meno della possibilità di fare ricorso, in via alternativa, ad una pluralità di moduli di partecipazione





comporta la reintroduzione di un elemento di rigidità” e d’altro canto la previsione esclusiva del modello partecipativo più forte non è sufficiente per distanziarsi “dal modello di armonizzazione «al ribasso» che ha caratterizzato la progettazione comunitaria in materia di partecipazione”.

Così come è accaduto anche per la Direttiva sulla SE, nonostante gli ambiziosi obiettivi enunciati, la direttiva 2003/72/CE finisce per garantire un minimo di migliorati diritti di informazione e consultazione, anziché mirare ad un traguardo di più ampio respiro quale il rafforzamento e l’armonizzazione di forme di partecipazione dei lavoratori in senso stretto.

Resta infine da chiedersi, considerata la complessità della struttura procedurale, quanti sceglieranno la strada della SCE: infatti, richiamandoci nuovamente alle considerazioni svolte in materia di SE, “sarà richiesto molto lavoro da parte di esperti per utilizzare una struttura giuridica così complessa” e questo potrebbe certamente scoraggiare dall’adozione di una SCE.

