

La sentenza della Corte di giustizia FNV del 21.04.22 (C-237/20): trasferimento di impresa e procedura di pre-pack nel diritto olandese

Sergio Galleano

Avvocato giuslavorista in Milano e Roma

Sommario: 1. Il trasferimento di azienda in Italia e in Europa. -Il trasferimento di azienda nell'ordinamento dei paesi bassi. – 3. I fatti della causa – 4. La precedente pronuncia della Corte del 2017. 5. La risposta della Corte di giustizia nella causa FNV in commento. 6. - Conclusioni.

1. Il trasferimento di azienda in Italia e in europa

La fattispecie del trasferimento di azienda è questione assai complessa, oggetto di un'ampia serie di interventi legislativi, nazionali ed europei e di pronunce giudiziali. Ci limiteremo quindi ad alcuni cenni utili per meglio comprendere la pronuncia in commento¹.

Nel nostro paese, secondo le norme generali dei contratti, l'art. 2258 c.c. prevede che l'acquirente di un'azienda subentra nei contratti in essere «che nonabbiano carattere personale», che escluderebbe i rapporti di lavoro che quel carattere presentano strutturalmente.

In considerazione del mutamento dei rapporti socioeconomici e della necessità di tutela dei prestatori di lavoro, nel Codice civile del 1942 venivaperò inserito l'art. 2112 c.c. con il quale si disponeva che, in caso di trasferimento di azienda o di un suo ramo, i rapporti di lavoro proseguivano con il nuovo imprenditore e che il trasferimento non potesse costituire motivo di licenziamento dei dipendenti ivi utilizzati né che potessero mutare le condizioni di lavoro in essere, se non dopo un certo periodo di tempo ed a certe condizioni.

¹ Per chi volesse approfondire, si rinvia a: Santoro- Passarelli G., *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 575 ss.; Orlandini, *Il trasferimento d'azienda nell'impresa in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, 589 ss.; Pizzoferrato, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, Tomo II, in *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2007; De Luca Tamajo - Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, I contratti di lavoro, Tomo II, a cura di Vallebona, *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno - Gabrielli, Torino, 2009; La Terza, *Commento all'art. 2112 c.c.*, *Diritto del lavoro*, Vol. I, a cura di Amoroso - Di Cerbo - Maresca; Milano, 2009, 1101; Perrino, *Le deroghe delle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda di imprenditore in crisi o insolvente tra i reiterati inadempimenti del legislatore nazionale*, F.I. 2010, IV, 268; Vallauri, *Lavoratori e trasferimento di ramo d'impresa in crisi*, in Aimò - Izzi (a cura di), *Esternalizzazioni e tutele dei lavoratori*, Bigiavi (fondata da), Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale, Torino, 2014, 342 ss.; G. Santoro Passarelli, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda e di articolazione funzionalmente autonoma*, Torino, 2014; L. Corazza, *L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. lav.*, 2014, II, 684; Allamprese *Contratto collettivo ex art. 47 legge n. 428/1990 nel trasferimento di azienda in crisi*, in *Arg. dir. lav.*; 2007, 813 ss.; M. Marazza, *La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro*, Gaudio, *Trasferimento di azienda e crisi di impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, RDL, 2018, 1, 201, Cosio R., *Il Trasferimento di azienda in crisi nell'ordinamento complesso*, LDE, 3/2020.

All'epoca dell'approvazione della norma, nel disciplinare la tutela dei diritti dei lavoratori, il legislatore non poteva tenere conto dei successivi mutamenti economici verificatisi nel dopoguerra, caratterizzati dalla nascita di grandi aziende e da crisi economiche, ciclicamente ricorrenti, soprattutto dai primi anni '70 in poi, che portarono molte grandi imprese in stato di crisi, con conseguente necessità di accesso a procedure concorsuali.

Nella classica ipotesi di fallimento, attese le mere finalità liquidatorie della procedura, non si ponevano problemi con i limiti posti dall'art. 2112, considerato che in tal caso l'azienda non era più, anche solo potenzialmente, in condizione di proseguire la sua attività, con la conseguenza che i rapporti venivano interrotti per oggettiva impossibilità della loro prosecuzione.

Viceversa, nel corso di procedure concorsuali diverse (concordato preventivo, al quale si aggiunse poi l'amministrazione straordinaria) poteva presentarsi la possibilità di prosecuzione, anche parziale, dell'impresa, a condizione che risultasse possibile procedere ad una ristrutturazione del complesso aziendale che, di solito, non poteva non interessare anche il personale dipendente.

Sorgeva quindi il problema della compatibilità tra le tutele garantite ai lavoratori dall'art. 2112 e l'interesse collettivo alla prosecuzione delle attività imprenditoriali che, di solito, riguardavano imprese di rilevanza nazionale o regionale e delle quali era quindi opportuno, sotto il profilo socioeconomico – e spesso soprattutto occupazionale - favorire la continuità e la presenza sul mercato².

A tal fine, il legislatore italiano aveva approvato uno specifico provvedimento ad hoc, ovvero il decreto-legge 30 gennaio 1979, n. 26, relativo a «misure d'urgenza per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi», con il quale si prevedeva un complesso meccanismo (dichiarazione di crisi, accordo sindacale sul personale che passava all'azienda e conclusione dell'accordo di passaggio: c.d. «legge Prodi»³) che consentiva, in caso di intervento di altro imprenditore, la deroga all'art. 2112.

La normativa approvata nel 1979 interveniva sterilizzando dunque l'applicazione dell'art. 2112 non solo in una situazione in cui venivano meno le caratteristiche tipiche del fallimento, ovvero l'estinzione completa dell'attività produttiva o commerciale, prevedendo anzi espressamente la prosecuzione dell'attività che veniva ceduta con una parte dei lavoratori impiegati che seguiva il cessionario, mentre la restante restava alle dipendenze del cedente, nella gran parte dei casi al solo fine di garantire l'erogazione degli ammortizzatori sociali.

Non diverso si presentava il quadro in ambito europeo, dove si era intervenuti in materia di trasferimento di azienda solo con la Direttiva 187/1987, che garantiva diritti analoghi alla disciplina italiana di cui all'art. 2112 c.c. e, anch'essa, non prevedeva una specifica disciplina che disciplinasse il trasferimento delle aziende in crisi.

² R. Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1993, pagg. 210-213, G. Orlandini, *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, 4, n. 108, pag. 598; M.L. Serrano, *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, 3, pag. 330.

³ Sul quale v. Cass. 4073/2001: P. Lambertucci, *Il trasferimento di azienda in crisi fra diritto interno e diritto comunitario*, *Riv. it. dir. lav.*, fasc.1, 2002, pag. 114

La questione si pose quindi anche in sede comunitaria dove, a fronte delle medesime problematiche, è invece intervenuta la Corte di giustizia che ha preso una posizione, a tutela dei lavoratori, più restrittiva di quella adottata dal legislatore italiano.

La prima pronuncia della Corte di Lussemburgo sul tema è stata la sentenza Abels del 7 febbraio 1985 (in causa C-135/83), nella quale il giudice europeo ha stabilito che la Direttiva non si applicava ai trasferimenti di azienda in una situazione nella quale il cedente è stato dichiarato fallito, rimanendo inteso che in tal caso l'impresa o lo stabilimento fa parte del patrimonio fallimentare a meri fini liquidatori, senza aspettative di continuità, specificando invece che la Direttiva «*si applica al trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte di stabilimento ad un altro imprenditore avvenuto nell'ambito di un procedimento come quello della "surséance van betaling" (sospensione dei pagamenti)*», ovvero una procedura concorsuale non liquidatoria, ma che mirasse, invece, alla possibile continuazione dell'attività da parte del cedente o che, comunque, non la escludesse.

L'incompatibilità della normativa nazionale con quella comunitaria si è così risolta in una rimessione alla Corte di Lussemburgo da parte della pretura di Milano, al quale alla fine degli anni 80 era stata posta la questione di congruità della legislazione nazionale sulle aziende in crisi ed in particolare sulla conformità al diritto comunitario del citato d.l. 26/1979 nella parte in cui, in linea teorica, garantiva la pienezza della tutela dei lavoratori in caso di amministrazione straordinaria, ma la toglieva nell'ipotesi di accordo sindacale con il quale si convenisse il passaggio con una sola parte dei lavoratori.

All'esito della rimessione, il giudice comunitario si pronunciava con la sentenza D'Urso del 25.07.91 (causa C-362/89⁴), precisando che l'art. 3 n. 1 della Direttiva si applica nel senso che tutti i contratti in essere alla data del trasferimento passano ipso iure al cessionario per il sol fatto del trasferimento. A tale effetto sono vincolati sia il cedente che il cessionario ed anche le Organizzazioni sindacali.

L'art.1 n. 1 della Direttiva, invece, non si applica nell'ambito di un procedimento concorsuale, ivi compresa l'amministrazione straordinaria, salvo che il proseguimento dell'attività dell'impresa sia stato deciso e finché quest'ultima decisione rimane in vigore.

Il problema del trasferimento delle aziende in crisi restava comunque sospeso e così, anche sulla scorta di quanto emerso dalle vicende giurisdizionali in Corte di giustizia cui si è fatto brevemente cenno, la disciplina europea veniva modificata. Nell'art. 5 della direttiva 2001/23/CE (che riproduceva, senza modifiche, l'art. 4-bis della direttiva 98/50, che a sua volta aveva modificato la 77/1987) il legislatore Ue disciplinava in modo articolato il salvataggio delle imprese in difficoltà economica. Dopo avere ribadito negli artt. 3 e 4 il divieto di licenziamento e il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda, si prevedeva:

- al paragrafo 1, la non applicabilità degli artt. 3 e 4 all'ipotesi di fallimento, salvo che gli stati membri non dispongano diversamente, in presenza di una procedura fallimentare o di insolvenza analoga, aperta in vista della sola liquidazione dei beni e sotto il controllo di un'autorità pubblica competente;

⁴ In Giustizia Civile 1992, I,1121, con nota redazionale.

- al paragrafo 2, nell'ambito di una procedura di insolvenza dell'impresa, a) il mancato passaggio al cessionario degli oneri connessi ai rapporti di lavoro, a condizione che vi siano adeguate garanzie sostitutive da parte dello stato membro per detti oneri e b) la possibilità che l'imprenditore cessionario e le organizzazioni sindacali concordino, se lo stato membro lo consente, modifiche alle condizioni di lavoro finalizzate al mantenimento della forza lavoro;
- al paragrafo 3 che, nell'ipotesi di grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale, vigente sin dal 17 luglio 1998, lo stato membro può applicare il paragrafo 2, lett. B della Direttiva, purché la gravità della situazione economica sia accertata e controllata da un organo giudiziario.

Come si vede, il legislatore europeo confermava le posizioni assunte dalla Corte di giustizia.

Nel frattempo, lo stato italiano era intervenuto con l'art. 47 della l. 428/1990 che, in sostanza, ricalcava la disciplina di cui al citato d.l. 26 del 1979. In ragione di ciò, la Corte di giustizia, con la sentenza resa nel procedimento C-561/17, promosso dalla Commissione europea, accertava che lo Stato italiano, con i commi 5 e 6 dell'art. 47 della legge citata la "*Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della Direttiva*" (2001/23).

A seguito di tale pronuncia, il legislatore italiano ha poi inserito nell'art. 47 il comma 4 bis "*al fine di dare esecuzione alla sentenza di condanna emessa dalla Corte di giustizia delle Comunità europee l'11 giugno 2009*", che recita: "*Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'art. 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende: a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'art. 2 comma 5, lett. C), della legge n. 675/77; b) per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 8 luglio 1999, 270, in caso di continuazione o di mancata attuazione cessazione dell'attività*"⁵.

La nuova norma ha dato adito a due diverse interpretazioni⁶, la prima che consentirebbe una deroga all'art. 2112 nel senso di consentire un passaggio parziale del personale alle condizioni date, la seconda che il 2112 può essere derogato solo con riferimento alle "*condizioni di lavoro*", conformemente, come si è visto al paragrafo 2 dell'art. 5 della Direttiva.

La seconda soluzione è quella oggi prevalente, anche sulla base della necessità di dare applicazione alla sentenza di condanna della Corte di giustizia C-561/07, dove si legge che in presenza di "*espressioni generiche, deve essere privilegiato significato conforme al diritto dell'Unione e alla interpretazione che dello stesso fornisce la CGUE*"⁷

⁵ Sul quale v. M. Simenon, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: un nuovo dialogo tra diritto fallimentare e diritto del lavoro*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, fasc.4, 1° dicembre 2019, pag. 401.

⁶ Sulle quali v. diffusamente Cosio R., *Il trasferimento dell'impresa in crisi nell'ordinamento complesso*, cit. § 2, pagg. 4 e 5.

⁷ Ibidem

Tale interpretazione è stata recepita nel nostro ordinamento e ribadita da ultimo con le sentenze della Suprema Corte 10414 e 10415 del 2020⁸ e nella più recente 17194/2020 che si pronunciano nel noto caso di trasferimento d'azienda tra Alitalia in a.s. e Alitalia CAI.

2. Il Trasferimento di azienda nell'ordinamento dei paesi bassi

Venendo ora all'oggetto della sentenza in commento, il problema dei trasferimenti di azienda di imprese in crisi si è posto anche nei Paesi Bassi e l'art 7:663 del BW (BurgerlijkWetboek: Codice civile) prevede, come l'art. 2112 del Codice italiano, il passaggio dei contratti di lavoro in capo al nuovo acquirente, ma il successivo art. 7.666 dispone che la norma prima citata «non si applica al trasferimento di un'impresa qualora il datore di lavoro sia stato dichiarato fallito e l'impresa appartenga alla massa fallimentare». Tanto in espressa applicazione dell'art. 3, par. 1 e dell'art. 5, par. 1 della Direttiva 2001/23.

La FW (Faillissementswet: legge fallimentare) regola la procedura fallimentare e il liquidatore può risolvere i rapporti di lavoro, rispettando un preavviso massimo di tre settimane (art. 40). In ogni caso il curatore, nominato e controllato dal giudice delegato, «è incaricato della gestione e della liquidazione della massa fallimentare» tenendo in considerazione l'interesse dell'insieme dei creditori ma, precisa l'art. 68 della FW, «anche gli interessi sociali, compreso quello relativo al mantenimento dell'occupazione».

Al di fuori e prima della formale apertura di una procedura fallimentare, viene segnalato dal giudice remittente la causa, esiste una procedura, denominata «pre-pack»⁹, di origine giurisprudenziale che consiste in una prassi secondo la quale, nell'ambito della liquidazione dei beni di un debitore, che consente di predisporre la vendita, in tutto o in parte, di un'impresa che fa parte del patrimonio dell'interessato, con la finalità di aumentare le probabilità che i creditori siano maggiormente rimborsati.

La procedura consiste nel verificare l'esistenza di candidati interessati all'acquisto dell'impresa o di parte di essa che verrà poi formalmente conclusa nel corso della successiva procedura fallimentare. Il pre-pack si distingue dalle ordinarie cessioni di azienda preliminari al fallimento dal fatto che le trattative sono condotte da un «curatore designato», sottoposto al controllo di un giudice delegato (denominato «giudice delegato designato»). Entrambi sono nominati, su domanda dal Tribunale e il loro status e le loro funzioni sono stabiliti dalla giurisprudenza dello «Hoge Raad derNederlanden» (Corte suprema dei paesi bassi).

La giurisprudenza ha chiarito che il curatore designato è nominato dal tribunale e che il suo mandato è precisato dal tribunale stesso o dal giudice delegato designato i quali vegliano sul suo operato. Il curatore designato deve «prendere in considerazione, nella fase preliminare alla dichiarazione di fallimento, gli interessi dell'insieme dei creditori ma anche gli interessi sociali, compreso quello relativo al mantenimento dell'occupazione» e risponde degli illeciti commessi.

⁸Ibidem, in particolare §1, pag. 3

⁹ Sulla quale si vedano, diffusamente, le conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar nell'causa Plesser (C-509/17, EU:C:2019:50) del 23 gennaio 2019.

Generalmente, sia il curatore che il giudice sono designati a rivestire poi le figure del curatore e del giudice delegato e, dunque, tengono in debito conto il mandato che dovranno poi svolgere in tali vesti ufficiali dopo la dichiarazione di fallimento, tenuto in debito conto «l'interesse dell'insieme dei creditori e gli interessi sociali», in carenza dei quali sono tenuti a non dare corso al trasferimento dell'impresa, sia prima che dopo la dichiarazione del fallimento.

In tal modo, la procedura fallimentare, per quanto riguarda la cessione dell'impresa, è rapida e definitiva in ragione dell'identità dei soggetti che hanno gestito la fase di pre-pack, evitando in tal modo che l'attività dell'impresa interessata debba subire interruzioni, anche brevi e sia mantenuta («*going concern*») in vita senza perdere di valore.

Per completezza va ricordato che nell'operazione di cui parla, come di fatto sempre accade nelle aziende in difficoltà – e come vedremo di seguito - la cessione aziendale nel corso del pre-pack si caratterizza per il ridimensionamento delle maestranze.

3. I fatti della causa

Il gruppo aziendale olandese Heiploeg, che si occupava di commercio all'ingrosso di pesce e di frutti di mare e delle attività ad esso collegate, si è ritrovato in gravi difficoltà finanziarie, aggravate anche da una pesante sanzione pecuniaria comminata dalla Commissione europea per avere partecipato ad un'intesa in violazione sulla normativa della concorrenza.

Poiché in tale situazione risultava impossibile accedere a finanziamenti, si è deciso di ricorrere alla procedura di pre-pack.

Su istanza dell'impresa, il «Rechtbank Noord-Nederland» (Tribunale dei Paesi Bassi settentrionali, nominava due curatori designati e un giudice delegato designato, con l'obiettivo di ottenere il rendimento migliore nell'interesse dei creditori e di prefigurare la possibilità di una vendita o una ristrutturazione partendo dalla situazione di insolvenza data. Nel provvedimento del giudice olandese era specificato che i due funzionari incaricati non disponevano di specifici poteri ma avevano il compito di «osservare, informarsi ed essere informati nonché di esprimere il loro parere e, all'occorrenza, dare consigli». Essi dovevano agire come se l'insolvenza fosse già stata dichiarata e ove lo fosse in effetti, erano tenuti a rendere conto del proprio operato. Gli organi della Heiploeg erano tenuti a cooperare con i curatori e il giudice designati.

Dieci giorni dopo l'Heiploeg ha chiesto il fallimento, prontamente accolto dal Tribunale che ha nominato curatori e giudice delegato coloro che già avevano svolto le precedenti funzioni curatori e giudice «designati».

Un nuovo soggetto, costituito da due società, denominato Nuova Heiploeg, ha rilevato la maggior parte delle attività della vecchia Heiploeg, in forza di un accordo raggiunto nel giro di un paio di giorni.

Secondo tale accordo, circa due terzi degli ex dipendenti della vecchia società sono stati assunti dalla nuova, andando a svolgere le medesime mansioni precedentemente svolte in azienda ma a condizioni di lavoro meno favorevoli. Inoltre, la nuova Heiploeg ha mantenuto la stessa sede e acquisito la medesima clientela della cessata Heiploeg.

Il FederatieNederlandseVakbeweging (FNV¹⁰), sindacato di settore, ha proposto appello avverso la sentenza del Tribunale denunciando la violazione degli artt. 3 e 4 della Direttiva 2001/23, ma la Corte di appello ha rigettato l'impugnazione, rilevando come la fattispecie rientrasse pienamente nello schema dell'art. 5 della Direttiva ricorrendone i tre presupposti e, precisamente, «in primo luogo, l'ex Heiploeg fosse oggetto di una procedura fallimentare, in secondo luogo, tale procedura fosse diretta alla liquidazione dei beni del cedente e, in terzo luogo, detta procedura fosse stata sottoposta al controllo di un'autorità pubblica».

Proposto ricorso avanti allo «Hoge Raad derNederlanden» (Corte suprema dei Paesi Bassi), il massimo giudice ha proposto questione pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, chiedendo se la procedura di pre-pack, che, come si è visto, precede ed ha preceduto nella specie il fallimento, risulti in linea con la giurisprudenza della Corte. Rilevato infatti che la prima delle condizioni stabilite dall'art. 5 risulta rispettata (fallimento dichiarato), restava da capire se ricorressero anche le altre due, ovvero se si trattava di una procedura da un lato diretta alla liquidazione dei beni e, dall'altro, si fosse svolta sotto il controllo di un'autorità pubblica.

Questi i quesiti posti alla Corte:

«1) Se l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23 debba essere interpretato nel senso che la condizione che “una procedura fallimentare o una procedura di insolvenza analoga sia aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente” è soddisfatta allorché

- a) il fallimento del cedente è inevitabile e il cedente è dunque effettivamente insolvente;
- b) secondo il diritto dei Paesi Bassi, il fine della procedura fallimentare è garantire la realizzazione di un massimo di introiti per la massa dei creditori mediante la liquidazione del patrimonio del debitore; e
- c) il trasferimento (di una parte) dell'impresa viene predisposto in un c.d. *pre-pack* anteriormente alla dichiarazione di fallimento e viene realizzato solo posteriormente alla dichiarazione di fallimento, e in detto trasferimento
- d) il “curatore designato”, nominato dal tribunale deve farsi guidare, anteriormente alla dichiarazione di fallimento, dagli interessi dell'insieme dei creditori nonché dagli interessi sociali come quello del mantenimento dell'occupazione e il “giudice delegato designato” parimenti nominato dal rechtbank (tribunale) deve vigilare affinché ciò avvenga;
- e) scopo del *pre-pack* è quello di consentire nella successiva procedura di fallimento una modalità di liquidazione con la quale una (parte dell') impresa appartenente al patrimonio del cedente viene trasferita in forma di “goingconcern”, per ottenere un massimo di introiti per l'insieme dei creditori e mantenere il più possibile l'occupazione, e

¹⁰ La medesima organizzazione era già stata parte in altri giudizi avanti alla Corte, tra essi uno contro lo Stato olandese (nel procedimento C-179/83) conclusosi con sentenza del 7 febbraio 1985, sempre relativa ad un trasferimento di azienda avvenuta nel corso della procedura, prevista dal diritto olandese e da quello belga, di «surséance van betaling» (sospensione dei pagamenti). La Corte, in quell'causa, accogliendo la tesi del sindacato, aveva dichiarato applicabile l'art. 1, n. 1 della direttiva 14 febbraio 1977, n. 77/187, che prevede il passaggio dei rapporti di lavoro anche nel corso di tale procedura, contrariamente a quanto affermato in una circolare del Ministro degli affari sociali, che dava indicazioni nel senso della sua disapplicazione.

- f) l'organizzazione della procedura garantisce che detto scopo sia effettivamente determinante.
- 2) Se l'articolo 5, paragrafo 1, [di tale] direttiva debba essere interpretato nel senso che la condizione che “una procedura fallimentare o una procedura di insolvenza analoga si svolga sotto il controllo di un'autorità pubblica competente” è soddisfatta, allorché il trasferimento (di una parte) dell'impresa viene predisposto in un c.d. *pre-pack* anteriormente alla dichiarazione di fallimento e viene realizzato solo posteriormente alla dichiarazione di fallimento, e
- a) anteriormente alla dichiarazione di fallimento viene controllato da un “curatore designato” e da un “giudice delegato designato” nominati dal tribunale, ma che non dispongono di poteri ai sensi di legge;
- b) secondo il diritto dei Paesi Bassi, anteriormente alla dichiarazione di fallimento il “curatore designato” deve farsi guidare dagli interessi dell'insieme dei creditori e da altri interessi sociali, come quello al mantenimento dell'occupazione, e il “giudice delegato designato” deve vegliare affinché ciò avvenga;
- c) i compiti del “curatore designato” e del “giudice delegato designato” non differiscono da quelli del curatore e del giudice delegato nel fallimento;
- d) l'accordo in base al quale l'impresa viene trasferita e che è stato predisposto nell'ambito di un *pre-pack* viene stipulato e attuato solo dopo la pronuncia di fallimento;
- e) nella pronuncia di fallimento il tribunale può procedere a nominare curatore o giudice delegato una persona diversa dal “curatore designato” o dal “giudice delegato designato”, e
- f) per il curatore e il giudice delegato valgono gli stessi requisiti di oggettività e di indipendenza vigenti per il curatore e il giudice delegato in un fallimento non preceduto da un *pre-pack* e questi, a prescindere dal loro livello di coinvolgimento anteriormente alla dichiarazione di fallimento, in forza dell'autorità loro conferita, sono tenuti a valutare se il trasferimento (di una parte) dell'impresa predisposto anteriormente alla dichiarazione di fallimento sia nell'interesse dell'insieme dei creditori e, ove rispondano negativamente a detta questione, a decidere che tale trasferimento non abbia luogo, mentre mantengono sempre la facoltà di decidere per altri motivi, ad esempio poiché vi si oppongono altri interessi sociali come l'interesse all'occupazione, che il trasferimento (di una parte) dell'impresa predisposto anteriormente alla dichiarazione di fallimento non abbia luogo».

4. La precedente pronuncia della Corte del 2017

Prima di esaminare la decisione della Corte, occorre ricordare che la stessa si era già pronunciata sulla procedura di *pre-pack* prevista dall'ordinamento olandese, in particolare, per quanto qui rileva, anche con la sentenza che parimenti riguardava la FNV (e altre organizzazioni sindacali) del 22 giugno 2017¹¹.

In quel caso, non dissimile da quello della Heiploeg, la Estro Groep una società che occupava della gestione di 380 centri d'infanzia, si trovò in una situazione di sostanziale insolvenza. Risultando anche in questo caso impossibile il reperimento di finanziamenti, progettò un piano di

¹¹ Causa C-126/16, EU:C:2017:489, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro 2018, 1, II, 148, con nota di Vallauri.

ristrutturazione che prevedeva, previa attivazione di una procedura di pre-pack, la ripresa, sotto altro nome, dell'attività per 342 centri e la riassunzione di circa 2.500 dei 3.600 dipendenti.

La società, così ristrutturata veniva ceduta ad altra società «consociata del suo azionista principale Bayside Capital. Non è stata vagliata nessun'altra opzione potenziale»¹².

Il 5 giugno 2014 l'EstroGroep ha chiesto ed ottenuto da Tribunale la nomina di uncuratore designato, effettuata il 10 giugno successivo.

Il 20 giugno è stata costituita la società Smallsteps allo scopo di portare a termine l'operazione programmata. Il 3 luglio i dipendenti hanno ricevuto la comunicazione che il giorno successivo la Estro Groep avrebbe presentato domanda di fallimento. Il 4 luglio è stata presentata una domanda di sospensione dei pagamenti che, il giorno dopo, è stata convertita in richiesta di dichiarazione di fallimento. Il 5 luglio il curatore precedentemente nominato e la Smallsteps hanno stipulato unpre-pack secondo il quale la nuova società rilevava 250 stabilimenti dell'Estro Groep e si impegnava ad assumere 2.600 lavoratori tra quelli già in forza nella struttura.

Il 7 luglio il curatore della Estro Groep ha licenziato tutti i lavoratori. A 2.600 di questi la Smallsteps ha offerto un nuovo contratto di lavoro.

I lavoratori rimasti senza lavoro hanno agito avanti al tribunale del lavoro che ha sollevato questione pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia, formulando quattro quesiti sostanzialmente simili a quelli formulati dalla Cassazione olandese nella causa di cui alla sentenza in commento.

La Corte ha ritenuto che la procedura di pre-pack ostava all'art. 5, poiché lo scopo della Direttiva 2001/23 era «la tutela dei lavoratori garantita dagli articoli 3 e 4 di tale direttiva». Scopo che «permane in una situazione, come quella di cui al procedimento principale, in cui un'impresa sia trasferita in seguito ad una dichiarazione di fallimento nell'ambito di un *pre-pack*, predisposto anteriormente a detta dichiarazione e realizzato immediatamente dopo la pronuncia di fallimento, nell'ambito del quale, in particolare, un «curatore designato», nominato da un giudice, esamina le possibilità di un'eventuale prosecuzione delle attività dell'impresa ad opera di un terzo e prepari azioni da svolgere subito dopo la pronuncia di fallimento per realizzare tale prosecuzione, e inoltre che non è rilevante, a tal riguardo, che l'obiettivo perseguito da tale operazione di *pre-pack* miri anche a massimizzare gli introiti della cessione per l'insieme dei creditori dell'impresa in oggetto».

In particolare, la motivazione, che qui è opportuno ripercorrere sinteticamente, affermava in primo luogo che lo scopo principale della Direttiva è la tutela dei lavoratori contro i licenziamenti effettuati dal cedente o dal cessionario unicamente in ragione del trasferimento (par. 39 sentenza) e che l'art. 5, par. 1, discostandosi «dall'obiettivo principale alla base della Direttiva 2001/23, deve necessariamente essere oggetto di una interpretazione restrittiva»¹³ (punto 41).

¹² Così il punto 20 della citata sentenza.

¹³ La Corte richiamava la sentenza Beckmann del 4 giugno 2002, C-164/00, EU:C:2002:330, punto 29 dove si legge: «In considerazione dell'obiettivo generale di tutela dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese perseguito dalla direttiva, laddove prevede, all'art. 3, nn. 1 e 2, il trasferimento al cessionario dei diritti e degli obblighi che risultano per il cedente dal contratto di lavoro, dal rapporto di lavoro o dai contratti collettivi, l'eccezione a tale regola prevista al n. 3 dello stesso articolo deve essere interpretata restrittivamente». Ed infatti la causa viene decisa nel senso che tra gli obblighi nascenti a carico del cessionario rientrano anche a quelli a favore del lavoratore indipendentemente dal fatto che nascano da un provvedimento «abbiano la loro fonte in atti della pubblica autorità o siano attuati da tali atti

Ciò chiarito, si ribadisce in primo luogo che l'art. 5, par. 1 precisa che l'applicabilità della deroga presuppone che il cedente debba essere oggetto di una procedura di fallimento, e che la procedura di pre-pack, alla luce del requisito di interpretazione restrittiva, non sembra rientrare in tale fattispecie essendo finalizzata alla prosecuzione dell'attività aziendale (punto 45), tuttavia, poiché la cessione viene formalizzata solo dopo l'apertura della procedura fallimentare, la Corte ritiene che la prima condizione possa ritenersi avverata (punto 46).

In secondo luogo, l'art. 5, par. 1, prevede che la procedura sia finalizzata al fine di liquidare i beni e, dunque, laddove l'obiettivo sia quello della prosecuzione dell'attività aziendale, la relativa procedura non soddisfa tale condizione (punto 47)¹⁴. È chiaro, prosegue la Corte che tra le due procedure (cessione liquidatoria dei beni e prosecuzione dell'attività) «possa esistere una sovrapposizione di obiettivi; resta però inteso che «l'obiettivo principale di una procedura mirante al proseguimento dell'attività dell'impresa rimane comunque la salvaguardia dell'impresa interessata» (punto 48). Ne consegue che l'operazione di pre-pack, essendo strutturalmente finalizzata alla prosecuzione dell'impresa, pur potendo anche in concreto avere l'effetto di massimizzare la soddisfazione dei creditori, non può essere considerata rientrante nella deroga prevista nell'art. 5, par. 1 (punti 49-53).

In terzo luogo – e qui, come vedremo, la Corte sbaglia, per carenza di informazioni da parte del giudice rimettente– nella sentenza si precisa che nella procedura di pre-pack né il curatore designato, né il giudice commissario designato «benché nominati dal giudice su domanda dell'impresa in fallimento, hanno formalmente alcun potere. Pertanto, su di loro non grava alcun controllo esercitato da un'autorità pubblica». Il che, come abbiamo visto, non corrisponde esattamente al vero.

Sulla scorta (anche, ma non solo) di tali errati presupposti la Corte ritiene che la procedura di pre-pack non possa contravvenire alle garanzie di tutela dei lavoratori di cui agli art. 3 e 4 della Direttiva e non trovi quindi applicazione la deroga di cui all'art. 5, par. 1, «e inoltre che non è rilevante, a tal riguardo, che l'obiettivo perseguito da tale operazione di *pre-pack* miri anche a massimizzare gli introiti della cessione per l'insieme dei creditori dell'impresa in oggetto» (punto 51).

5. La risposta della Corte di giustizia nella causa FNV in commento

Tanto doverosamente premesso possiamo venire alla decisione in commento.

La prima questione viene riassunta dalla Corte nel senso che il giudice chiede se l'art. 5, par. 1 della Direttiva, secondo cui gli art. 3 e 4 della stessa Direttiva che dispongono il passaggio dei lavoratori al nuovo acquirente non si applica nel caso in cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare, trova applicazione anche nell'ipotesi in cui il trasferimento venga predisposto anteriormente al fallimento nell'ambito di una procedura come il pre-pack che ha l'obiettivo di stabilire le modalità con le quali la cessione avverrà successivamente, dopo la formale apertura della procedura concorsuale (punto 37 sentenza).

e indipendentemente dalle modalità pratiche scelte per tale attuazione».

¹⁴ Con espresso richiamo alle sentenze D'Urso e Spano delle quali già si è fatto cenno.

La Corte ricorda che, come si è già anticipato, l'introduzione della clausola 5, par. 1 della Direttiva era stata anticipata dalla giurisprudenza della Corte. Con le sentenze *Abels* e *D'Urso*, infatti, era stata riconosciuta la specialità della disciplina fallimentare che ha ad oggetto il «contemperamento di diversi interessi», tra i quali quelli dei creditori che concorrono con quelli dei lavoratori alla prosecuzione dei rapporti di lavoro (punto 38).

Nella sentenza *Spano* del 7 dicembre 1995¹⁵ era stato chiarito che la Direttiva 77/87 non si applicava ai trasferimenti effettuati nell'ambito di procedure concorsuali quali il fallimento o la procedura coatta amministrativa, mentre si applicava, viceversa, a quelle procedure concorsuali, le quali avessero comunque quale scopo la prosecuzione dell'attività aziendale (punto 39).

In particolare, nella causa *D'Urso*, la questione esaminata riguardava una procedura (l'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi) che aveva due effetti nei confronti delle aziende interessate. Da un lato, tali imprese erano soggette alla disciplina della liquidazione coatta amministrativa e, dall'altro, pur essendo soggetta a tale procedura formalmente liquidatoria, recava una disciplina nella quale si prevedeva la possibilità che la gestione commissariale potesse continuare la propria attività per un certo periodo. In tale seconda ipotesi il Commissario doveva stabilire un programma di risanamento, autorizzato dall'autorità di controllo, coerente con gli indirizzi di politica industriale, tenendo conto degli interessi dei creditori, con l'indicazione specifica delle produzioni da riattivare e degli impianti e dei complessi aziendali da trasferire (punto 40).

La procedura italiana di amministrazione straordinaria delle aziende in crisi aveva quindi due possibili indirizzi a seconda che il decreto che disponeva la liquidazione coatta amministrativa stabilisse o meno la continuità di impresa.

Nel primo caso, la Corte ha ritenuto che il primo di tali indirizzi fosse comparabile con il fallimento, con conseguente esclusione dell'applicazione della Direttiva, mentre il secondo non era concettualmente compatibile con la non applicazione della normativa a tutela dei lavoratori, posto che l'obiettivo economico sociale, in tal caso, era quello di consentire la prosecuzione dell'attività di impresa e quindi non vi era ragione perché i diritti dei lavoratori garantiti dalla Direttiva venissero disattesi (punto 41).

Fatta questa premessa, la Corte rileva come nella causa *FNV* del 22 giugno 2017, il cui svolgimento e le relative conclusioni si sono esaminate nel capitolo precedente, ha portato ad una errata valutazione delle finalità della procedura di pre-pack, ovvero che la stessa, essendo finalizzata alla prosecuzione dell'attività aziendale «e in particolare del fatto che tale procedura mirava a evitare la brusca cessazione delle attività dell'impresa in questione alla data di pronuncia del fallimento, al fine di preservare sia il valore economico di detta impresa che l'occupazione, la Corte ha giudicato, al punto 50 di tale sentenza, che, subordinatamente alla verifica da parte del giudice del rinvio, detta procedura non mirava, in definitiva, alla liquidazione dell'impresa interessata», l'obiettivo economico e sociale perseguito non giustificavano, a fronte della cessione parziale o totale dell'impresa, il sacrificio dei diritti garantiti ai lavoratori dagli artt. 3 e 4 della Direttiva (punti 42-45).

¹⁵Causa C-472/93, EU:C:1995:421.

Viceversa, in questo procedimento, prosegue la Corte, il giudice del rinvio avrebbe chiarito che nel momento nel quale era stata avviata la procedura di pre-pack l'insolvenza della Heiploeg era inevitabile e che sia il pre-pack che il fallimento erano finalizzati alla liquidazione dei beni del cedente erano inevitabili (sempre punto 46).

Inoltre, la Corte prende atto che il fallimento è poi stato effettivamente dichiarato e che «l'obiettivo principale di tutte queste procedure che hanno condotto alla liquidazione in parola consisteva nell'ottenere il massimo rendimento possibile per l'insieme dei creditori» (punto 46). Inoltre, risultava pacifico che il trasferimento dell'impresa era avvenuto nel corso di una procedura fallimentare finalizzata a liquidare l'insieme dei beni dell'ex Heiploeg, impresa cedente (punto 47).

Secondo la Corte, l'art. 5, par. 1 della Direttiva, distingue tra (1) il cedente e (2) le imprese, gli stabilimenti o le parti di imprese o di stabilimenti, appartenenti al cedente. È dunque opportuno distinguere tra «l'attività economica globale del cedente dalle singole attività delle diverse entità ricomprese tra i suoi beni da liquidare» (punto 48).

Dal tenore letterale dell'art. 5, par. 1, risulterebbe che il suo ambito di applicazione – e conseguentemente la deroga prevista – non è limitata alle imprese, agli stabilimenti o alle parti di imprese o stabilimenti la cui attività sia effettivamente stata interrotta prima o successivamente alla cessione. Secondo la norma, dunque, i diritti e gli obblighi che derivano per il cedente da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento, non sono trasferiti al cessionario nel caso in cui sussistano i presupposti stabiliti dalla norma stessa. Ciò implica che un'impresa o una parte di impresa ancora in attività può essere ceduta «beneficiando, al contempo, della deroga prevista da detta disposizione. In tal senso, la Direttiva avrebbe lo scopo di prevenire il rischio che l'impresa, lo stabilimento o la parte di impresa o di stabilimento oggetto della cessione «si svaluti prima che il cessionario rilevi, nell'ambito della procedura fallimentare aperta ai fini della liquidazione dei beni del cedente, una parte del patrimonio e/o delle attività del cedente ritenute redditizie». La deroga di cui all'art. 5, par. 1, sarebbe dunque finalizzata ad eliminare «il grave rischio di un complessivo deterioramento del valore dell'impresa ceduta o delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera, che sarebbe in contrasto con le finalità del trattato» (punti 49 e 50). Come si vede, un cambio di prospettiva di non poco conto rispetto alla precedente giurisprudenza.

Il fatto che il trasferimento dell'impresa o di una sua parte venga predisposto in epoca anteriore all'apertura del procedimento concorsuale nel corso del quale viene poi realizzato non contrasta con l'art. 5, par. 1, poiché tale disposizione non tratta del periodo precedente all'avvio del fallimento o della procedura di insolvenza. Del resto, il par. 2 dell'art. 5 prevede che le eccezioni dallo stesso previste concernono i casi in cui gli artt. 2 e 4 di tale direttiva si applicano ad un trasferimento effettuato «nel corso» della procedura concorsuale (punto 51).

Se dunque l'obiettivo principale di una procedura pre-pack, cui segua un percorso concorsuale, consista nell'ottenere, a seguito della situazione di insolvenza del cedente, «il rimborso più elevato possibile per l'insieme dei suoi creditori, tali procedure considerate congiuntamente soddisfano, in linea di principio, il secondo presupposto previsto all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23» (punto 53).

Ciò chiarito, al fine di temperare il cambio di prospettiva, la Corte precisa che sarà compito del giudice nazionale verificare che la procedura di pre-pack e la successiva concorsuale siano effettivamente conseguenza della situazione di insolvenza del cedente e non frutto di una «mera riorganizzazione» dell'impresa. Inoltre, si dovrà verificare non solo che l'obiettivo di tali procedure abbiano effettivamente lo scopo di soddisfare i creditori, ma anche che le procedure in esame siano idonee al fine, posto che la finalità delle stesse è quella «di aumentare le possibilità di soddisfacimento dei creditori» (punto 53).

Risulta però, conclude la Corte in accoglimento delle conclusioni dell'Avvocato generale, che le procedure di che trattasi sono di derivazione giurisdizionale e dunque la loro applicazione da parte dei giudici nazionali non è uniforme e può essere fonte di incertezza del diritto. Ne consegue che procedure come quelle di cui è causa possono essere considerate in linea con la direttiva a condizione che siano legislativamente disciplinate (punti 54 e 55).

La seconda questione posta dalla Cassazione olandese viene riassunta dalla Corte nel senso che si chiede se sia in linea con la Direttiva la disapplicazione degli artt. 3 e 4 della Direttiva stessa, qualora il trasferimento di un'impresa o di una sua parte, avvenga tramite una procedura come il pre-pack, preliminare alla dichiarazione di fallimento, che si svolge sotto il controllo di un'autorità pubblica competente, prevedendo il controllo di un giudice delegato designato e che il trasferimento venga portato a termine dopo la pronuncia del fallimento diretto alla liquidazione dei beni del cedente,

Nei punti successivi (da 57 a 59) la Corte richiama la sua precedente pronuncia del 22 giugno 2017 nella causa C-126/16) della quale si è trattato nel capitolo precedente e prende atto che quella decisione era basata sulla mancanza di informazioni in merito all'effettivo svolgimento della procedura e, segnatamente, alle forme di controllo che la giurisprudenza interna nazionale prevedeva sull'operato del curatore designato e del giudice delegato designato. In particolare, che gli stessi erano nominati dal Tribunale, che rispondevano del loro operato e che il compito dagli stessi svolto era poi controllato in sede fallimentare del Tribunale.

La Corte ritiene pertanto di rivedere la sua valutazione e di considerare che le garanzie date dalla procedura di pre-pack olandese, sono tali da farle ritenere in linea con le previsioni di cui all'art. 5 della Direttiva.

In particolare, secondo il giudice remittente nella causa in oggetto, sia le funzioni del curatore designato che quelle del giudice delegato designato, sono sostanzialmente identiche a quelle del curatore e del giudice delegato nel corso della procedura fallimentare. Infatti, il Tribunale che ha designato i due organi controlla, ove la procedura sfoci effettivamente in una concorsuale avanti al Tribunale, se «abbiano seguito tutte le istruzioni loro fornite e, in caso negativo, nominerebbe altri soggetti come curatori e giudice delegato al momento della pronuncia del fallimento» (punto 60).

Inoltre, riferisce il giudice remittente, i soggetti nominati nel corso della procedura di pre-pack, disponevano di competenze legali ed erano soggetti ai medesimi doveri di obiettività e indipendenza applicabili al curatore e al giudice delegato nel corso di una procedura concorsuale. Il loro compito si limitava ad una valutazione della convenienza per i creditori del trasferimento e,

comunque, non era vincolante nella valutazione che sarebbe stata poi effettuata nel corso della procedura concorsuale nella quale il trasferimento sarebbe poi stato perfezionato (punto 61).

Ne consegue che l'intervento dell'organo giurisdizionale sia nella fase del pre-pack, dove delimita l'ambito del loro intervento, che nella successiva fase di controllo dell'operato del curatore designato e del giudice delegato designato, decidendo se confermarli negli incarichi nel corso della procedura di fallimento, soddisfa l'esigenza del controllo da parte di un'autorità pubblica competente (punto 62).

Tanto sarebbe confermato da tutta una serie di circostanze, ad esempio che da un lato il trasferimento viene realizzato solo dopo l'apertura della procedura fallimentare, potendo così il giudice delegato e il curatore non dare corso all'operazione di cessione qualora la ritengano contraria all'interesse della massa dei creditori, Dall'altro, come risulta dal fascicolo pervenuto alla Corte, il curatore designato non solo deve rendere conto del suo operato nella fase di pre-pack, ma può essere ritenuto responsabile del suo operato come un ordinario curatore fallimentare. Inoltre, sempre nella fase iniziale prefallimentare, opera sotto il controllo del giudice delegato designato e, dunque, del tribunale competente, il quale può sostituirlo ove ritenga che lo stesso si sia discostato dal mandato ricevuto oppure opporsi alla chiusura del pre-pack (punto 63).

Ancora, nell'ambito delle funzioni assegnate al curatore designato e giudice delegato designato, nonché in quelle successive di curatore e giudice delegato, i due soggetti sono tenuti a coordinarsi nella valutazione delle diverse ipotesi di cessione e ad esaminare l'accordo di trasferimento che dovranno eventualmente concludere nella successiva fase fallimentare, sicché il tempo che intercorre tra l'apertura della procedura fallimentare e la sottoscrizione dell'accordo raggiunto nel corso del pre-pack «non può, in quanto tale, essere adottato come criterio per valutare se l'autorità pubblica competente abbia potuto o meno esercitare il controllo previsto a tal riguardo» (punto 64).

Ne consegue che il trasferimento di tutta o parte dell'impresa disposto nell'ambito di una procedura di pre-pack da parte di un curatore designato sotto il controllo di un giudice delegato designato, preliminare ad una dichiarazione di fallimento, non osta al terzo presupposto previsto dall'art. 5, par. 1 della Direttiva 2001/23.

Ovviamente a condizione che il relativo procedimento, come già affermato con riferimento al primo quesito, sia disciplinata da disposizioni legislative o regolamentari (punto 66).

6. Conclusioni

La sentenza in commento suscita non poche perplessità, costituendo un revirement di un indirizzo giurisprudenziale iniziato oltre trent'anni fa dalla Corte e costantemente ribadito sino ad oggi.

Innanzitutto, in linea generale, come si è visto nel commentare la sentenza del 22 giugno 2017 resa nel procedimento C-126/16 (*supra*, cap. 4), i presupposti per l'applicazione dell'art. 5, par. 1, sono tre, sinteticamente riassunti nel fatto che (1) la cessione avvenga nel corso di una procedura fallimentare o analoga, (2) chela procedura non miri al proseguimento dell'attività dell'impresa interessata e che (3) la relativa procedura si svolga sotto il controllo di un'autorità pubblica.

Tali presupposti, indicati e ribaditi dalla Corte sin dall'inizio dell'interpretazione giurisprudenziale in tema di trasferimento di azienda, sono frutto di un'interpretazione restrittiva dell'art. 5, par. 1 (cfr.

sentenza C-22 giugno 2017, punto 41) in quanto finalizzati alla realizzazione dello scopo della Direttiva che consiste, come risulta dallo stesso titolo («il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o parti di stabilimenti»: così la Direttiva 77/187/CEE precedente alla 2001/23).

E peraltro, di tale finalità, non si trova più traccia nella sentenza in commento, se non genericamente, con un cenno al «contemperamento di diversi interessi» tra i quali quelli dei lavoratori al proseguimento del rapporto (punto 38), mentresi insiste principalmente nella «soddisfazione dei creditori» (punti 3, 48, 51, 59), senza cenno alcuno ai diritti dei lavoratori.

E di conseguenza, mentre nella causa 22.06.17 (C-106/17), come abbiamo visto, solo «una procedura intesa alla liquidazione dei beni mira a massimizzare la soddisfazione collettiva dei creditori» (punto 48), ora anche il pre-pack che strutturalmente è invece destinato alla prosecuzione aziendale entra tra le fattispecie che possono portare alla disapplicazione delle tutele di cui agli artt. 3 e 4 della Direttiva (e salva, ovviamente, una sua regolazione legislativa), sulla scorta della rivalutazione dell'interesse dei creditori.

Risulta chiaro come cambi il focus dello scopo della Direttiva, secondo questo nuovo orientamento.

Nel merito, poi, se è condivisibile la valutazione circa l'adattabilità con il primo ed il terzo punto dei presupposti richiamati in precedenza (cessione avvenuta nel corso di una procedura concorsuale e controllo di una pubblica autorità, a condizione che l'operazione sia prevista e regolata da una legge o da un regolamento), tutt'altro deve rilevarsi con riferimento alla seconda.

La quale, peraltro, è il cuore della finalità garantistica della Direttiva, ovvero che la deroga al principio generale stabilito dagli artt. 3 e 4 che garantiscono ai lavoratori in merito ai loro diritti, economici e, soprattutto, di mantenimento del posto di lavoro, disponendo che il trasferimento di azienda non può costituire motivo di licenziamento del lavoratore.

Tali considerazioni trovano conferma nell'ordinario svolgersi della realtà economica: in ogni impresa, una ristrutturazione è normalmente connessa ad una riduzione di personale, vuoi in generale per la necessità (spesso convenienza) di riduzione dei costi e, in alcuni casi, per il necessario modificarsi della realtà produttiva (digitalizzazione ed informatizzazione delle produzioni e dell'attività amministrativa).

Proprio per questo la Direttiva vieta il licenziamento in caso di mutamento della proprietà e, per di più, non lo fa in modo massimalistico, prevedendo infatti la possibilità di licenziare (art. 4, 2° periodo: «[t]ale dispositivo non pregiudica i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione»), ovviamente seguendo le regole che il diritto dell'Unione e quello dei singoli Stati indicano per la relativa procedura.

Ora è pacifico che la finalità ontologica della procedura di pre-pack è quella di verificare la possibilità di trasferimento dell'azienda in difficoltà economiche attraverso la cessione ad altro imprenditore e, dunque, concettualmente, rientra nella seconda delle condizioni che la Corte aveva ritenuto indispensabili per l'applicazione dell'art. 5, par. 1.

Ed infatti in tutte le fattispecie che hanno riguardato le cause nelle quali si discuteva di pre-pack, si è visto (oltre alle due che vedono, come si è detto, protagoniste la FNV, si consideri la sentenza Plesser¹⁶) che una parte solamente del personale è transitata al nuovo imprenditore. E in nessuna delle cause era in discussione nel procedimento un problema di personale ma, unicamente, problemi prettamente economici.

Ne deriva che in tutti i casi, la procedura di pre-pack - e quella successiva di licenziamento - accanto alla soluzione di problemi economici, è di fatto stata - e viene ordinariamente - utilizzata anche per operare una riduzione di personale in occasione ed in ragione del trasferimento di azienda, ovvero proprio quello che la Direttiva era finalizzata ad evitare.

Il problema è che tale riduzione di personale non è in alcun modo regolata ed può avvenire ad libitum da parte dei contraenti del pre-pack e, comunque, si discosta da altra direttiva, quella sui licenziamenti collettivi (98/59), che, infatti, avrebbe dovuto trovare applicazione ai sensi del secondo periodo dell'art. 4, con conseguente obbligo di consultazione e coinvolgimento delle organizzazioni dei lavoratori che invece, come si è visto, si sono viste costrette ad agire in causa per ottenere l'adempimento di un obbligo nascente dalla direttiva 2001/23 e consolidato da una costante giurisprudenza della Corte, che la sentenza in commento rischia di obliterare, lasciando loro ed i lavoratori da essi rappresentati senza tutela alcuna.

Insomma, un pasticcio: senza considerare le ricadute nei singoli Stati membri. In Italia, infatti, una simile procedura sembrerebbe consentire licenziamenti in violazione dei criteri di cui alla legge 223/1991¹⁷.

Occorre quindi che le legislazioni degli Stati membri, cui la Direttiva, come ora interpretata dalla Corte nella sentenza in commento, demanda l'eventuale procedimentalizzazione legislativa o regolamentare di procedure come quella di pre-pack, tengano conto di questa situazione.

In mancanza, il ritorno alla Corte di Lussemburgo è già segnato come inevitabile.

Roma, 10 luglio 2022

¹⁶Sulla quale v. Cosio R., op. cit. pag. 9.

¹⁷ Illuminante è il caso trattato dalla Cassazione italiana su cui v. Galleano, *Cass. ord. n. 30567/2021: la cessazione simulata dell'attività lavorativa dell'azienda fallita si riverbera sulla regolarità della procedura di licenziamento collettivo*, Labor, aggiornamenti, 4 febbraio 2022, tipico caso di simulazione di una procedura fallimentare al fine di mascherare una riduzione del personale.