

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
PAOLO MENGZZI  
presentate il 29 marzo 2017 ([1](#))

**Causa C-126/16**

**Federatie Nederlandse Vakvereniging,  
Karin van den Burg-Vergeer,  
Lyoba Tanja Alida Kukupessy,  
Danielle Paase-Teeuwen,  
Astrid Johanna Geertruda Petronelle Schenk  
contro  
Smallsteps BV**

[domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Rechtbank Midden-Nederland (tribunale dei Paesi Bassi centrali)]

«Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2001/23/CE – Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese – Articolo 5, paragrafo 1 – Eccezione in caso di fallimento o di procedura d'insolvenza – “Pre-pack” – Prosecuzione dell'attività aziendale»

1. Nella presente causa, la Corte è chiamata per la prima volta ad analizzare il «*pre-pack*» sotto il profilo del diritto dell'Unione.
2. Sebbene il termine «*pre-pack*» possa assumere significati diversi in funzione dell'ordinamento giuridico in cui viene utilizzato (dall'inglese «*pre-packaged insolvency sale*»), esso indica, in generale, una transazione sugli attivi di un'impresa in crisi (una cessione), che è predisposta prima dell'apertura di una procedura d'insolvenza (generalmente un fallimento) con il concorso di un amministratore (in talune giurisdizioni nominato da un tribunale) e che è, normalmente, effettuata immediatamente dopo l'apertura della procedura d'insolvenza.
3. Sviluppatisi inizialmente negli Stati Uniti e nel Regno Unito, il *pre-pack* si è poi diffuso in numerosi altri Stati membri. Dunque, esistono forme più o meno varie di *pre-pack*, ad esempio, in Germania e in Francia ([2](#)), nonché nei Paesi Bassi, Stato membro da cui proviene la domanda di pronuncia pregiudiziale nella presente causa.
4. Il successo del *pre-pack* si inserisce in una tendenza, crescente nel moderno diritto dell'insolvenza, a privilegiare metodi che, a differenza di quello classico che prevede la liquidazione dell'impresa in stato di crisi, hanno come obiettivo il risanamento di quest'ultima o, almeno, il salvataggio delle sue unità ancora economicamente valide ([3](#)). In un siffatto contesto, il *pre-pack*, che è caratterizzato da elementi informali (una fase stragiudiziale preliminare) e da elementi formali (una

fase che si svolge nell'ambito della procedura d'insolvenza), e offre alle imprese uno strumento flessibile in grado di risolvere rapidamente talune situazioni di crisi.

5. Tuttavia, il presente rinvio pregiudiziale, proposto dal Rechtbank Midden-Nederland (tribunale dei Paesi Bassi centrali), solleva l'importante questione relativa al destino dei lavoratori dell'impresa (o della parte dell'impresa) oggetto di un *pre-pack*. In particolare, il giudice del rinvio chiede alla Corte, in sostanza, se, nell'ambito del *pre-pack* sviluppatosi nella prassi nei Paesi Bassi, il regime di tutela dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, istituito dalla direttiva 2001/23/CE (4), trovi o meno applicazione.

6. Per rispondere a tale questione, la Corte dovrà interpretare – per la prima volta – l'eccezione all'applicabilità della direttiva 2001/23, prevista nell'articolo 5, paragrafo 1, di tale direttiva. Nell'interpretare tale disposizione alla luce della giurisprudenza che essa codifica, occorrerà trovare un corretto equilibrio tra, da un lato, la necessità di non compromettere l'uso di strumenti giuridici, come il *pre-pack*, che perseguono l'obiettivo «lodevole» di salvare unità ancora economicamente valide, e, dall'altro, l'esigenza di non consentire, tramite l'utilizzo di siffatti strumenti, l'elusione della tutela garantita ai lavoratori dal diritto dell'Unione.

## I. Contesto normativo

### A. Diritto dell'Unione

7. Ai sensi del considerando 3 della direttiva 2001/23, che ha abrogato e sostituito la precedente direttiva 77/187/CEE (5), essa mira a proteggere i lavoratori assicurando il mantenimento dei loro diritti in caso di trasferimento di imprese.

8. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2001/23, essa si applica «ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione».

9. La direttiva 2001/23 prevede, in sostanza, tre tipi di tutela per i lavoratori.

10. In primo luogo, essa garantisce il proseguimento dei contratti di lavoro in caso di trasferimento di un'impresa. Dunque, in forza dell'articolo 3, paragrafo 1, di tale direttiva «[i] diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario».

11. In secondo luogo, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2001/23, il trasferimento di un'impresa «non è di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario». Il secondo periodo dello stesso paragrafo, tuttavia, specifica che «[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».

12. In terzo luogo, l'articolo 7 della direttiva 2001/23 prevede obblighi di informazione e di consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, a carico sia del cedente sia del cessionario.

13. Tuttavia, l'articolo 5 della direttiva 2001/23 prevede un'eccezione all'applicabilità degli articoli 3 e 4 della stessa direttiva. Il paragrafo 1 di detto articolo 5 dispone quanto segue:

«A meno che gli Stati membri dispongano diversamente, gli articoli 3 e 4 non si applicano ad alcun trasferimento di imprese, stabilimenti o parti di imprese o di stabilimenti nel caso in cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso e che si svolgono sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (che può essere il curatore fallimentare autorizzato da un'autorità pubblica competente)».

14. Il paragrafo 2 dello stesso articolo dispone che «[q]uando gli articoli 3 e 4 si applicano ad un trasferimento nel corso di una procedura di insolvenza aperta nei confronti del cedente (indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso) e a condizione che tali procedure siano sotto il controllo di un'autorità pubblica

competente», uno Stato membro può disporre di non applicare taluni aspetti del regime di tutela di cui agli articoli 3 e 4 della suddetta direttiva.

15. Infine, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 4, della direttiva 2001/23, «[g]li Stati membri adottano gli opportuni provvedimenti al fine di impedire che l'abuso delle procedure di insolvenza privi i lavoratori dei diritti loro riconosciuti a norma della presente direttiva».

## B. Diritto dei Paesi Bassi

16. Le disposizioni che, in diritto nazionale, disciplinano i diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese sono gli articoli da 7:662 a 7:666 e l'articolo 7:670, paragrafo 8, del *Burgerlijk Wetboek* (codice civile; in prosieguo: il «BW»).

17. In particolare, ai sensi dell'articolo 7:663 del BW, «[i]l trasferimento di un'impresa comporta d'ufficio il trasferimento, al cessionario, dei diritti e degli obblighi derivanti in tale momento, per il datore di lavoro di tale impresa, da un contratto di lavoro tra il medesimo e un lavoratore che svolge un ruolo attivo nell'ambito dell'impresa».

18. Tuttavia, l'articolo 7:666, paragrafo 1, lettera a), del BW prevede una deroga e dispone che «[g]li articoli da 7:662 a 7:665 e l'articolo 7:670, paragrafo 8, non si applicano al trasferimento di un'impresa qualora (...) il datore di lavoro sia dichiarato fallito e l'impresa appartenga alla massa».

19. La procedura fallimentare nei Paesi Bassi è definita nella *Faillissementswet* (legge fallimentare).

20. Dall'anno 2012 numerosi tribunali dei Paesi Bassi (6), in determinate circostanze, fanno precedere il fallimento da una fase preparatoria che mira alla conclusione di una transazione sugli attivi dell'impresa in questione (il *pre-pack*). Tale fase preparatoria prende avvio sempre su iniziativa dell'impresa in questione, la quale chiede al giudice di nominare un curatore designato nonché un giudice-commissario designato. La transazione sugli attivi è predisposta prima della dichiarazione di fallimento con il concorso del curatore designato il quale vi dà esecuzione immediatamente dopo la dichiarazione di fallimento.

21. Ad oggi, nei Paesi Bassi, né la fase preparatoria né il *pre-pack* in quanto tale sono disciplinati dalla legge, ma sono il risultato della prassi. Un progetto preliminare di disegno di legge, intitolato «legge sulla continuazione delle imprese», è attualmente oggetto di discussione dinanzi al Parlamento dei Paesi Bassi (7).

## II. Procedimento principale e questioni pregiudiziali

22. L'Estro Groep BV era, fino al suo fallimento, la principale impresa di assistenza all'infanzia nei Paesi Bassi. Essa contava circa 380 stabilimenti su tutto il territorio del paese e impiegava circa 3 600 lavoratori. Al momento dei fatti in questione dinanzi al giudice del rinvio, il principale azionista dell'Estro Groep era l'investitore Bayside Capital.

23. Nel mese di novembre 2013 si poteva prevedere che, in mancanza di un nuovo finanziamento, l'Estro Groep non sarebbe più stata in grado di adempiere i propri obblighi nell'estate dell'anno 2014.

24. L'Estro Groep, nel cercare un siffatto finanziamento, ha, in un primo momento, consultato i propri finanziatori e azionisti principali, nonché altri finanziatori per ottenere nuovi finanziamenti. Tuttavia, tale consultazione, denominata il «Piano A», non è stata proficua.

25. L'Estro Groep, contemporaneamente alle trattative nell'ambito del Piano A, ha elaborato un secondo piano, denominato «progetto Butterfly». Tale piano prevedeva la ripresa di una parte significativa dell'Estro Groep in seguito a un *pre-pack*. Detta ripresa doveva avvenire sulla base di tre principi: il primo, consistente nella ripresa di 243 centri su 380, il secondo, consistente nel mantenimento dell'impiego per circa 2 500 lavoratori su un totale di circa 3 600 e, il terzo, consistente nella continuità del servizio nel mese di luglio 2014.

26. Durante la realizzazione del progetto Butterfly l'Estro Groep ha contattato, come potenziale acquirente, unicamente la H.I.G. Capital, consociata del suo azionista principale Bayside Capital. Non è stata vagliata nessun'altra opzione potenziale.

27. Il 5 giugno 2014 l'Estro Groep ha adito il Rechtbank Amsterdam (tribunale di Amsterdam) chiedendogli di provvedere alla nomina di un curatore designato. Quest'ultimo è stato nominato il 10 giugno 2014.

28. Il 20 giugno 2014 una società a responsabilità limitata, la Smallsteps BV, è stata costituita per subentrare, per conto della H.I.G Capital, in gran parte delle attività dei centri di assistenza all'infanzia dell'Estro Groep nell'ambito del progetto Butterfly.

29. Il 4 luglio 2014 l'Estro Groep ha presentato al Rechtbank Amsterdam (tribunale di Amsterdam) una domanda di sospensione di pagamento.

30. Il 5 luglio 2014 tale domanda è stata convertita in istanza per la dichiarazione di fallimento dell'Estro Groep. Il fallimento è stato dichiarato lo stesso giorno.

31. In pari data, il 5 luglio 2014, il curatore e la Smallsteps hanno stipulato un contratto di vendita (il *pre-pack*) ai sensi del quale quest'ultima ha acquistato l'impresa dotata di circa 250 stabilimenti dell'Estro Groep e si è impegnata a offrire un impiego a circa 2 600 lavoratori dell'Estro Groep il giorno del fallimento.

32. Il 7 luglio 2014 il curatore ha licenziato tutti i lavoratori dell'Estro Groep. A circa 2 600 lavoratori alle dipendenze dell'Estro Groep è stato offerto un nuovo contratto di lavoro dalla Smallsteps e oltre mille di essi sono stati infine licenziati.

33. La Federatie Nederlandse Vakvereniging (in prosieguo: la «FNV»), un'organizzazione sindacale dei Paesi Bassi, e quattro ricorrenti litisconsorti che lavoravano in alcuni centri rilevati dalla Smallsteps ma ai quali, dopo il fallimento, non sono stati offerti nuovi contratti di lavoro, hanno adito con ricorso il giudice del rinvio. In tale ricorso essi chiedono, in via principale, di accertare che la direttiva 2001/23 si applica al *pre-pack* concluso tra l'Estro Groep e la Smallsteps e che, quindi, si deve ritenere che i quattro ricorrenti litisconsorti di cui sopra ormai lavorino a pieno titolo per la Smallsteps, pur mantenendo le loro condizioni di lavoro. In subordine, essi chiedono di accertare che gli articoli 7:662 e seguenti del BW si applicano comunque, dal momento che il trasferimento dell'impresa ha avuto luogo prima del giorno del fallimento. La Smallsteps contesta le domande dei ricorrenti.

34. In tali circostanze il Rechtbank Midden-Nederland (tribunale dei Paesi Bassi centrali) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la procedura fallimentare nei Paesi Bassi, in caso di trasferimento dell'impresa fallita nella quale il fallimento è stato preceduto da un *pre-pack* controllato da un giudice, esplicitamente mirante alla sopravvivenza (di parti) dell'impresa, sia compatibile con l'obiettivo e la portata della direttiva 2001/23/CE e se in questa ottica l'articolo 7:666, paragrafo 1, parte iniziale e lettera a), del codice civile dei Paesi Bassi sia (ancora) conforme alla direttiva.

2) Se la direttiva 2001/23 sia applicabile nel caso in cui un c.d. "curatore designato" ("beoogd curator") nominato dal giudice già prima dell'apertura del fallimento si informi della situazione del debitore ed esamini le possibilità di un'eventuale ripresa delle attività dell'impresa ad opera di un terzo e si prepari inoltre a trattative da svolgere subito dopo il fallimento per realizzare detta ripresa mediante una transazione di attivi nella quale l'impresa del debitore, o una sua parte, viene ceduta alla data del fallimento o subito dopo e le attività vengono riprese in tutto o in parte senza (quasi) soluzione di continuità.

3) Se al riguardo faccia differenza se la prosecuzione dell'impresa sia lo scopo primario del *pre-pack*, oppure se il curatore (designato) con il *pre-pack* e con la vendita degli attivi in forma di un "going concern" subito dopo il fallimento intenda in primo luogo ottenere una massimizzazione degli introiti per l'insieme dei creditori oppure, nell'ambito del *pre-pack*, sia stato raggiunto un accordo prima del fallimento per la cessione degli attivi (prosecuzione delle attività dell'impresa) la cui attuazione viene formalizzata e/o effettuata dopo

il fallimento. Inoltre, come ciò debba essere valutato se vengono perseguite sia la prosecuzione delle attività dell'impresa sia la massimizzazione degli introiti.

4. Se, ai fini dell'applicazione della direttiva 2001/23 e dell'articolo 7:662 e seguenti del codice civile dei Paesi Bassi, da essa derivanti, la data del trasferimento dell'impresa, nell'ambito di un *pre-pack* precedente il fallimento dell'impresa, sia determinata dall'accordo concreto di trasferimento dell'impresa precedente il fallimento o se tale data sia determinata dal momento in cui la qualità di imprenditore responsabile della gestione dell'ente in questione è trasferita di fatto dal dante causa all'avente causa».

### III. Procedimento dinanzi alla Corte

35. La decisione di rinvio è pervenuta alla cancelleria della Corte il 26 febbraio 2016. La FNV, la Smallsteps, il governo dei Paesi Bassi e la Commissione europea hanno depositato osservazioni e sono comparsi all'udienza tenutasi il 18 gennaio 2017.

### IV. Analisi

#### A. Sulle questioni pregiudiziali prima, seconda e terza

##### 1. Osservazioni preliminari

36. È opportuno analizzare congiuntamente le prime tre questioni pregiudiziali. Con tali questioni, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2001/23 possa applicarsi in caso di trasferimento di un'impresa che ha luogo nell'ambito di un *pre-pack*, come sviluppatosi nella prassi nei Paesi Bassi (seconda questione) e se, in un siffatto contesto, la procedura fallimentare nei Paesi Bassi e, in particolare, l'articolo 7:666 del BW, come applicata nella prassi, sia compatibile con l'obiettivo e con la portata di tale direttiva (prima questione). Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la risposta a tali questioni debba essere diversa a seconda che lo scopo primario del *pre-pack* sia la prosecuzione delle attività dell'impresa e/o la massimizzazione degli introiti.

37. Tali questioni pregiudiziali sollevano in via preliminare la questione dell'applicabilità dell'eccezione prevista all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23 ai trasferimenti di imprese che si svolgono nell'ambito di un *pre-pack*.

38. Le parti che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte hanno posizioni opposte a tal riguardo. Da un lato, la FNV e la Commissione ritengono che il procedimento nell'ambito del quale si conclude un *pre-pack* non rientri nella deroga di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23. Ne conseguirebbe che, poiché la legge fallimentare dei Paesi Bassi non prevede l'applicazione ai lavoratori delle garanzie previste da tale direttiva in caso di cessione di impresa nell'ambito di un *pre-pack*, tale diritto non sarebbe compatibile con la suddetta direttiva.

39. Dall'altro, la Smallsteps e il governo dei Paesi Bassi sostengono, invece, che un fallimento preceduto da una fase preliminare intesa alla conclusione di un *pre-pack*, come quella che si è svolta nel caso dell'Estro Groep, rientra perfettamente nell'eccezione prevista all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23, cosicché l'articolo 7:666, paragrafo 1, del BW, come applicato nella prassi nei Paesi Bassi, sarebbe compatibile con tale direttiva.

40. Ho già rilevato che la presente causa rappresenta la prima occasione per la Corte di fornire un'interpretazione dell'articolo 5 della direttiva 2001/23 e che l'introduzione, nel paragrafo 1 di tale articolo, di un'esplicita eccezione all'applicabilità della suddetta direttiva costituisce la codificazione di una giurisprudenza sviluppata dalla Corte. In tali circostanze ritengo che, al fine di poter comprendere appieno la portata di detta disposizione, occorra analizzare i principi elaborati dalla Corte in tale giurisprudenza, che riguarda la precedente direttiva 77/187, successivamente abrogata dalla direttiva 2001/23 (8).

2. *La giurisprudenza della Corte sull'applicabilità del regime di tutela dei lavoratori nel caso in cui il trasferimento di un'impresa sia avvenuto nell'ambito di una procedura prevista per la crisi dell'impresa*

41. La Corte ha affrontato per la prima volta la questione dell'applicabilità delle garanzie previste dalla direttiva 77/187 in un caso di cessione di un'impresa avvenuta nell'ambito di una procedura di insolvenza, segnatamente di fallimento, nella causa che ha dato origine alla sentenza del 7 febbraio 1985, Abels (9).

42. In tale sentenza, dopo aver ricordato che l'obiettivo della direttiva 77/187 era di impedire che la ristrutturazione nell'ambito del mercato comune si effettuasse a danno dei lavoratori (10), la Corte ha evidenziato la specificità del diritto fallimentare. Essa ha, dunque, rilevato che tale diritto è caratterizzato da procedimenti speciali che hanno ad oggetto il contemperamento dei vari interessi, in particolare di quelli delle diverse categorie di creditori, e che implicano una deroga, quantomeno parziale, ad altre disposizioni, di carattere generale, fra le quali le disposizioni del diritto previdenziale (11).

43. È in ragione di tale specificità che la Corte ha statuito che la direttiva 77/187 non si applicava «ai trasferimenti di imprese (...) avvenuti nell'ambito di un procedimento fallimentare mirante, sotto il controllo della competente autorità giudiziaria, alla liquidazione dei beni del cedente» (12), lasciando tuttavia agli Stati membri la libertà di applicare, in tutto o in parte, i principi della suddetta direttiva unicamente sulla base del loro diritto nazionale (13).

44. Nella stessa sentenza, la Corte ha invece statuito che la direttiva 77/187 era applicabile a un procedimento come quello di sospensione dei pagamenti, malgrado determinate caratteristiche in comune di tale procedimento con quello fallimentare. Invero, la Corte ha ritenuto che i motivi che giustificavano l'inapplicabilità della suddetta direttiva nel caso dei procedimenti fallimentari non erano validi per un procedimento che si svolgeva in una fase anteriore al fallimento, che comportava un controllo del giudice di portata più limitata e inteso in primo luogo alla salvaguardia del patrimonio ed eventualmente al proseguimento, in futuro, dell'attività dell'impresa (14).

45. Successivamente, nella sentenza del 25 luglio 1991, d'Urso e a. (15), la Corte ha esplicitamente dichiarato che il criterio determinante da seguire per accertare l'applicabilità della direttiva 77/187 a un trasferimento di un'impresa avvenuto nell'ambito di un procedimento concorsuale era quello dell'obiettivo perseguito dal procedimento in questione (16).

46. Su tale fondamento, essa ha considerato che, nel caso in cui il procedimento in questione nel caso di specie (17) avesse mirato alla *liquidazione* dei beni del debitore per soddisfare collettivamente i creditori, i trasferimenti operati in quest'ambito giuridico sarebbero stati quindi esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 77/187. Al contrario, quando il decreto che sanciva l'applicazione del suddetto procedimento avesse stabilito nel contempo la *continuazione* dell'attività dell'impresa in regime commissariale, la finalità di questo procedimento stava anzitutto nel garantire la continuazione dell'attività dell'impresa. In un caso siffatto, l'obiettivo economico-sociale così perseguito non poteva spiegare né giustificare il fatto che, quando l'impresa interessata costituisse oggetto di un trasferimento, i suoi lavoratori venissero privati dei diritti che detta direttiva conferisce loro (18).

47. La Corte ha confermato tale approccio nella successiva sentenza del 7 dicembre 1995, Spano e a. (19). Chiamata a decidere se la direttiva 77/187 si applicasse al trasferimento di un'impresa il cui stato di crisi era stato accertato ai sensi della legislazione italiana applicabile, la Corte ha confermato, innanzitutto, che il criterio determinante per stabilire l'applicabilità di detta direttiva era l'obiettivo perseguito dal procedimento stesso. Inoltre, essa ha rilevato che il provvedimento con il quale, secondo la normativa italiana, un'impresa era dichiarata in stato di crisi era volto a consentire il risanamento della situazione economica e finanziaria dell'impresa e soprattutto al mantenimento dell'impiego. Pertanto, nella misura in cui il procedimento in questione tendeva a favorire la prosecuzione dell'attività dell'impresa nella prospettiva di una futura ripresa e, contrariamente a quanto avviene con i procedimenti di fallimento, non implicava alcun controllo giudiziario o provvedimento di amministrazione del patrimonio dell'impresa, né una sospensione dei pagamenti, la Corte ha deciso che l'obiettivo economico-sociale di tale procedimento non giustificava il fatto che, in caso di trasferimento, i lavoratori dell'impresa fossero privati dei diritti che la direttiva 77/187 conferiva loro (20).

48. Infine, nella sentenza del 12 marzo 1998, *Dethier Équipement* (21), la Corte – chiamata a decidere se la direttiva 77/187 si applicasse a un trasferimento di un’impresa in stato di liquidazione giudiziale, in forza della legge belga – ha sviluppato ulteriormente il suo approccio. Innanzitutto, essa ha specificato che, oltre al criterio dell’obiettivo della procedura, occorre tenere anche conto delle modalità della procedura di cui trattasi – accertando segnatamente se esse implicassero o meno la prosecuzione dell’impresa – nonché delle finalità della direttiva 77/187 (22). Nel caso di specie, la Corte ha constatato che, sebbene la procedura in questione mirasse alla liquidazione dei beni, la situazione di un’impresa in liquidazione giudiziale presentava numerose differenze significative rispetto a quella di un’impresa fallita (23), segnatamente per quanto riguarda la nomina e le funzioni del liquidatore. In particolare, nella procedura di liquidazione giudiziale belga, contrariamente al fallimento, il liquidatore, benché nominato dal giudice, era un organo della società il quale procedeva alla vendita dell’attivo sotto la tutela dell’assemblea generale. In dette circostanze, la Corte ha ritenuto che le ragioni che l’avevano indotta a escludere l’applicazione della direttiva 77/187 in caso di fallimento potevano venir meno nel caso di un’impresa in liquidazione giudiziale, in particolare in un caso, come quello pendente dinanzi al giudice nazionale, in cui la continuità della gestione sarebbe stata garantita nelle more del trasferimento dell’azienda (24).

### 3. *Sull’eccezione contenuta nell’articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23*

49. In seguito alle sentenze che ho appena analizzato, nel 1998 (25) il legislatore dell’Unione europea ha introdotto nella direttiva 77/187 la disposizione che è ormai contenuta nell’articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23.

50. Detta disposizione prevede che, a meno che gli Stati membri dispongano diversamente, il regime di tutela previsto negli articoli 3 e 4 della direttiva 2001/23 non si applica al trasferimento di imprese avvenuto nel caso in cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente e che si svolge sotto il controllo di un’autorità pubblica.

51. Tale disposizione, quando si riferisce a una procedura «aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente» e «che si svolge sotto il controllo di un’autorità pubblica», riprende chiaramente l’espressione utilizzata dalla Corte nelle sentenze *Abels e d’Urso e a.* (26) per il fallimento (27).

52. In tali circostanze, è indubbio che, come hanno del resto rilevato tutte le parti che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte, l’eccezione contenuta nell’articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23 debba essere interpretata alla luce dei principi elaborati dalla Corte nelle sentenze esaminate ai paragrafi da 41 a 48 delle presenti conclusioni.

53. Orbene, dall’analisi di tali sentenze emerge che, per stabilire se il regime di tutela dei lavoratori previsto dalla direttiva 77/187 – e ormai previsto dalla direttiva 2001/23 – fosse o meno applicabile ad un trasferimento avvenuto nell’ambito di un procedimento previsto per situazioni di crisi dell’impresa, la Corte ha considerato due criteri, vale a dire l’obiettivo perseguito dal procedimento in questione e le modalità di tale procedimento, tenendo conto delle finalità di tale direttiva. In particolare, dall’analisi della giurisprudenza emerge che l’esclusione di detto regime di tutela si giustifica unicamente se il procedimento in questione, in considerazione dei suoi obiettivi e delle sue modalità, miri alla liquidazione dei beni dell’impresa. Se, invece, in considerazione dei suoi obiettivi e delle sue modalità, il procedimento in questione mira alla prosecuzione della gestione dell’impresa, il suo obiettivo economico-sociale non giustifica che, in caso di trasferimento dell’impresa, i lavoratori della stessa siano privati dei diritti che detta direttiva conferisce loro (28).

54. Tale distinzione tra procedimenti miranti alla liquidazione e procedimenti miranti alla prosecuzione dell’impresa non discende solo dalla giurisprudenza della Corte, ma, come ha correttamente rilevato la Commissione, essa trova già fondamento nello stesso testo dell’articolo 5 della direttiva 2001/23. Infatti, tale articolo segna una distinzione, da un lato, tra le procedure di insolvenza che mirano, come il fallimento, alla liquidazione dei beni del cedente (tali procedure sono espressamente menzionate nel paragrafo 1 di detto articolo e sono escluse dalla sfera di applicazione della direttiva 2001/23) e, dall’altro, le procedure d’insolvenza (citate al paragrafo 2 di detto articolo)

che, non essendo state instaurate in vista della liquidazione dei beni del cedente, comportano la prosecuzione dell'impresa.

55. Orbene, accertare, in concreto, se la cessione avvenga nell'ambito di una procedura d'insolvenza che mira alla liquidazione dei beni del cedente o di una procedura che mira alla prosecuzione dell'impresa può non essere semplice.

56. Infatti, da una parte, è possibile che la cessione delle parti valide di un'impresa in stato di insolvenza si verifichi nell'ambito di un procedimento che, come il fallimento, mira alla liquidazione dei beni del cedente. Dall'altra, una siffatta constatazione può rivelarsi complicata nel caso di procedimenti «atipici», come ad esempio quello sviluppato nei Paesi Bassi per la conclusione di un *pre-pack*, che si svolge, almeno parzialmente, al di fuori del contesto legale e che ha un carattere ibrido dal momento che confonde elementi informali ed elementi propri di un procedimento formale (vale a dire, quello di fallimento come disciplinato dalla legge fallimentare).

57. A tale riguardo ritengo che, in generale, si possa considerare che un trasferimento avviene nell'ambito di un procedimento che mira alla prosecuzione dell'impresa quando detto procedimento sia concepito o applicato proprio con l'obiettivo di salvaguardare l'operatività dell'impresa (o di sue unità valide) al fine di consentire il mantenimento del valore derivante dalla prosecuzione, senza interruzione, della sua attività. I procedimenti intesi alla liquidazione dei beni non sono invece creati per perseguire specificamente un siffatto obiettivo, ma mirano unicamente a massimizzare la soddisfazione collettiva dei creditori.

58. Naturalmente, può determinarsi una certa sovrapposizione tra l'obiettivo di salvaguardare l'operatività della parte dell'impresa ceduta e quello di massimizzare la soddisfazione collettiva dei creditori. Infatti, il valore di un'impresa che svolge ancora la propria attività normalmente è, in generale, nettamente superiore sia al valore dei suoi attivi, considerati singolarmente, sia al valore che avrebbe la stessa impresa se fosse dichiarato che essa versa in una situazione di grave difficoltà finanziaria (29). Pertanto, la salvaguardia dell'operatività della parte valida dell'impresa in stato di difficoltà che potenzialmente consente di ottenere un prezzo più elevato per la sua cessione è idoneo a massimizzare la soddisfazione dei creditori (30). Tuttavia, nei procedimenti che mirano alla prosecuzione dell'impresa, la salvaguardia della stessa costituisce l'elemento centrale, l'obiettivo finale del procedimento in quanto tale o della sua applicazione in concreto. Invece, nei procedimenti che mirano alla liquidazione la suddetta tutela è meramente funzionale alla soddisfazione dei creditori.

59. È in tal senso che occorre pertanto, a mio avviso, interpretare l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23 alla luce della giurisprudenza che esso stesso ha codificato.

60. Prima di verificare l'applicabilità di tale disposizione al caso di un trasferimento avvenuto, come nel caso di specie, nell'ambito di un procedimento che porta alla conclusione di un *pre-pack* come sviluppatosi nei Paesi Bassi, sembrano tuttavia opportune ancora due osservazioni.

61. In primo luogo, in quanto deroga all'obiettivo principale perseguito dalla direttiva 2001/23, vale a dire la tutela dei lavoratori, e all'applicazione delle garanzie che essa prevede nei loro confronti, l'eccezione di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23 deve essere oggetto di un'interpretazione restrittiva.

62. In secondo luogo, l'articolo 5 della direttiva 2001/23, e segnatamente i paragrafi 1 e 2 del medesimo, lasciano un ampio margine discrezionale agli Stati membri nella definizione della sfera di applicazione delle eccezioni che sono ivi previste. Infatti, da un lato, il primo periodo del paragrafo 1 di detto articolo lascia espressamente agli Stati membri la possibilità, «dispon[endo] diversamente», di decidere di applicare integralmente gli articoli 3 e 4 della direttiva 2001/23 in caso di fallimento o di procedimento analogo. Dall'altro, il paragrafo 2 dell'articolo 5 della suddetta direttiva consente agli Stati membri di applicare parzialmente i summenzionati articoli 3 e 4 ai trasferimenti di imprese avvenuti nel corso di una procedura d'insolvenza aperta nei confronti di un cedente (e ciò indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei suoi beni).

63. Il riconoscimento agli Stati membri di un siffatto ampio margine discrezionale è non solo in linea con la sentenza del 7 febbraio 1985, Abels (31), ma è coerente con l'ampio margine di manovra,



generalmente riconosciuto agli Stati membri nell'ambito dell'attuazione e dell'applicazione della direttiva 2001/23, che si basa sul fatto che tale direttiva mira solo a un'armonizzazione parziale della materia in oggetto e non è tesa ad instaurare un livello di tutela uniforme nell'intera Unione secondo criteri comuni (32).

64. Nel caso di specie, tuttavia, è giocoforza rilevare che il Regno dei Paesi Bassi non ha utilizzato il margine di manovra che gli è espressamente riconosciuto dall'articolo 5 della direttiva 2001/23. In udienza, a seguito di un quesito specifico della Corte, il governo dei Paesi Bassi ha esplicitamente confermato che il Regno dei Paesi Bassi non ha emesso alcuna disposizione specifica che, per utilizzare i termini impiegati dalla suddetta direttiva, disporrebbe «diversamente» dal suddetto articolo 5, paragrafo 1. L'eccezione prevista da tale disposizione è dunque perfettamente applicabile nel caso di specie.

4. *Sull'applicabilità del regime di tutela dei lavoratori previsto negli articoli 3 e 4 della direttiva 2001/23 in caso di trasferimento di un'impresa avvenuto nell'ambito di un pre-pack*

65. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, occorre esaminare se un trasferimento avvenuto nell'ambito di un *pre-pack*, come quello che nel caso di specie ha riguardato le unità dell'Estro Groep, rientri o meno nell'eccezione di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23 e, di conseguenza, se il regime di tutela previsto negli articoli 3 e 4 di tale direttiva a favore dei lavoratori si applichi o meno in caso di un siffatto trasferimento.

66. A tale riguardo, dalle informazioni contenute nel fascicolo della Corte emerge che il procedimento che conduce alla conclusione di un *pre-pack*, come sviluppatosi nella prassi nei Paesi Bassi, si svolge in due fasi, vale a dire, una fase preparatoria, antecedente la dichiarazione di fallimento, e una fase simultanea o immediatamente successiva alla dichiarazione di fallimento.

67. La fase preparatoria prende sempre avvio su iniziativa dell'impresa in difficoltà, che chiede al giudice di nominare un curatore designato e un giudice-commissario designato. Il giudice è libero di procedere o meno a una nomina siffatta, a seconda che egli ritenga che sia o meno auspicabile seguire un siffatto procedimento.

68. L'idea sottesa a tale designazione anticipata è quella di porre il curatore designato, prima di essere formalmente nominato in qualità di curatore fallimentare, nelle condizioni di informarsi sull'impresa, nonché di analizzare la sua situazione finanziaria e le possibili proposte di soluzioni, per poter chiedere al giudice-commissario, immediatamente dopo la dichiarazione di fallimento, l'autorizzazione ad eseguire la cessione *pre-pack*.

69. A tal fine, il curatore designato prende contatti con l'impresa in questione, ne esamina la contabilità e gli altri dati rilevanti e riceve informazioni sulle proposte di soluzione. *Eventualmente*, può anche partecipare alle trattative relative alla cessione dell'impresa o delle sue unità valide.

70. In tale fase preparatoria, che si svolge prima della dichiarazione di fallimento, la cessione dell'impresa è predisposta in ogni suo minimo dettaglio. Pertanto, il contratto di vendita è materialmente predisposto in tale fase preparatoria. Tutto è preordinato all'esecuzione immediata del trasferimento contemporaneamente alla dichiarazione di fallimento, senza interruzione dell'attività dell'impresa.

71. Una volta dichiarato il fallimento, il giudice nomina il curatore designato in qualità di curatore fallimentare (33) e il giudice-commissario designato diventa il giudice-commissario. Poiché tutti gli elementi della cessione sono stati concordati durante la fase preparatoria, immediatamente dopo l'apertura del fallimento (ossia lo stesso giorno, come è accaduto nel caso dell'Estro Groep), il curatore richiede e riceve l'autorizzazione da parte del giudice-commissario per la cessione *pre-pack* (34). Al fine di essere in grado di concedere la propria autorizzazione in modo così rapido, il giudice-commissario deve chiaramente aver ricevuto informazioni complete e dettagliate sull'operazione durante la fase preparatoria.

72. Dalla decisione di rinvio, nonché dalle osservazioni di tutte le parti che hanno partecipato al procedimento dinanzi alla Corte, risulta che lo scopo di organizzare il procedimento appena descritto e,

in particolare, la fase preparatoria che mira all'elaborazione della cessione nei minimi dettagli, è di evitare l'interruzione che risulterebbe dalla cessazione immediata delle attività dell'impresa al momento del fallimento, interruzione che comporterebbe un'importante perdita di valore dell'impresa o delle unità valide che sono oggetto della cessione. È per lo stesso motivo che la fase preparatoria generalmente si svolge in segreto, al fine di non rendere pubblica la situazione di difficoltà in cui versa l'impresa in questione.

73. Quanto ai poteri del curatore designato e del giudice-commissario designato durante la fase preparatoria, poiché tale fase non è disciplinata dalla legge, nessuno di essi ha formalmente alcun potere. Orbene, dal momento che, una volta aperto il fallimento, essi devono, rispettivamente, chiedere e fornire l'autorizzazione all'operazione, è evidente che, durante la fase preparatoria, sia il curatore designato sia il giudice-commissario designato dispongono in ogni caso di un certo potere di carattere «informale» in grado di influenzare lo svolgimento del trasferimento. Tuttavia, si tratta solo di un potere informale che non ha fondamento giuridico. Inoltre, come hanno osservato sia la Smallsteps sia il governo dei Paesi Bassi, il curatore designato non svolge alcuna attività amministrativa e il giudice-commissario non può fornire alcuna autorizzazione prima della formale dichiarazione di fallimento.

74. Al fine di verificare l'applicabilità della direttiva 2001/23 a un trasferimento di un'impresa avvenuto nell'ambito di un siffatto procedimento, occorre applicare i criteri menzionati al paragrafo 53 delle presenti conclusioni.

75. A tale riguardo, in primo luogo, è necessario considerare l'*obiettivo* del procedimento in questione. Orbene, sembra innegabile che, come osserva il giudice del rinvio, tale procedimento considerato nel suo complesso miri al trasferimento dell'impresa (o di sue unità ancora valide) al fine di realizzarne la ripresa, senza interruzione, immediatamente dopo la dichiarazione di fallimento. L'obiettivo di detto procedimento è di garantire la prosecuzione dell'impresa mantenendo la plusvalenza che deriva dalla continuazione della sua attività. Tutta la fase preparatoria è finalizzata a raggiungere tale obiettivo che è definitivamente conseguito con il trasferimento simultaneo alla dichiarazione di fallimento.

76. Dalle osservazioni del giudice del rinvio emerge che nel caso del *pre-pack*, nei Paesi Bassi, il fallimento è effettivamente utilizzato come strumento per realizzare la ripresa dell'impresa. In sostanza non si tratta di un vero fallimento, ma di ciò che potremmo definire un «fallimento tecnico». Ciò è d'altronde confermato dal fatto, esposto dalla Smallsteps in udienza, che nell'ambito del *pre-pack* un fallimento non è neppure sempre necessario, poiché talvolta la fase preliminare non conduce necessariamente a una dichiarazione di fallimento.

77. Del resto, il giudice del rinvio ha a sua volta evidenziato che, nella prassi, la procedura fallimentare è molto usata ai fini di una riorganizzazione e che in casi siffatti, non prevede la liquidazione dell'impresa. Pertanto, anche se il procedimento che conduce alla conclusione di un *pre-pack* può svolgersi, in parte, nell'ambito di una procedura fallimentare, è indubbio che esso non possa essere classificato tra le classiche procedure che mirano alla liquidazione della società (35).

78. A questo punto dell'analisi, tengo tuttavia a sottolineare che è certamente lodevole l'obiettivo perseguito dal *pre-pack* - vale a dire la continuazione dell'attività delle parti valide dell'impresa, evitando la perdita di valore risultante da un'immediata interruzione della sua attività. La questione che solleva la presente causa non è quella dell'ammissibilità del *pre-pack* in quanto tale nel diritto dell'Unione, ma piuttosto quella dell'interazione tra il *pre-pack* e la direttiva 2001/23. Orbene, se si deve tenere conto dei vantaggi per gli investitori (36), per i creditori, per gli stessi lavoratori, nonché, in generale, per la società, derivanti dall'esistenza di procedimenti intesi al salvataggio delle imprese e al mantenimento del loro valore, l'attuazione in concreto di tali procedimenti deve tuttavia avvenire nel rispetto delle garanzie che il diritto dell'Unione prevede per i lavoratori.

79. In secondo luogo, bisogna tenere conto delle *modalità* concrete di svolgimento del procedimento che nei Paesi Bassi conduce alla conclusione di un *pre-pack*. Orbene, dalla descrizione fornita ai paragrafi da 66 a 73 delle presenti conclusioni emerge che un siffatto procedimento si differenzia, in ragione di diversi elementi, da un procedimento fallimentare «classico».

80. Innanzitutto, il procedimento che conduce a un *pre-pack* è avviato sempre dalla stessa impresa in questione, mentre il procedimento fallimentare può essere iniziato da vari attori, quali, ad esempio, i creditori (37).

81. Inoltre, la fase preparatoria, in cui, alla fine dei conti, si decidono tutti i dettagli del trasferimento, ha carattere pienamente informale. Da un lato, questa fase è gestita dall'organo amministrativo dell'impresa, che conduce le trattative e adotta le decisioni sulla vendita dell'impresa (38). La conclusione del *pre-pack* nel caso di specie con riferimento alle unità valide dell'Estro Groep ne costituisce un chiaro esempio (39).

82. Dall'altro, ho rilevato come in tale fase il curatore designato e il giudice-commissario designato non hanno alcun potere dal punto di vista formale. Pertanto, non sussiste alcuna amministrazione da parte del curatore (40), né sussistono procedure formali di accertamento del passivo (41). Inoltre, ho rilevato che, per poter concedere un'autorizzazione alla cessione così rapidamente, il giudice-commissario deve essere stato informato e, in sostanza, non essersi opposto alla transazione, prima della dichiarazione di fallimento di modo che l'approvazione possa essere semplicemente ufficializzata dopo il fallimento. Orbene, tale modo di procedere è idoneo a svuotare quasi completamente del suo contenuto il controllo ufficiale che dovrebbe svolgersi durante il procedimento formale di fallimento.

83. Di conseguenza si nota la presenza di numerose differenze rispetto al procedimento fallimentare. In particolare, sembra chiaramente che l'influenza del curatore e del giudice sia di gran lunga meno rilevante nel caso del procedimento «speciale» che conduce alla conclusione di un *pre-pack* rispetto al caso di un procedimento fallimentare «classico» che mira alla liquidazione dei beni del cedente.

84. Alla luce della precedente analisi si deve concludere che un procedimento come quello sviluppato nei Paesi Bassi che conduce alla conclusione di un *pre-pack*, in considerazione dell'obiettivo che esso persegue e delle sue modalità di applicazione, e benché lo stesso possa svolgersi in parte nell'ambito di un procedimento fallimentare, non può essere considerato un procedimento fallimentare o d'insolvenza analogo avviato in vista della liquidazione dei beni del cedente e sottoposto al controllo di un'autorità pubblica competente ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23. Di conseguenza, un siffatto procedimento non rientra nell'eccezione prevista da tale disposizione. Ne consegue che il regime di tutela previsto negli articoli 3 e 4 della direttiva 2001/23 è perfettamente applicabile ad un trasferimento di un'impresa o delle parti della stessa ancora valide, avvenuto nell'ambito di un siffatto *pre-pack*. Infatti, dalla circostanza che, a seguito di detto trasferimento, l'attività dell'impresa o delle parti valide della stessa continua, deriva l'impossibilità di spiegare o giustificare che i lavoratori di detta impresa, o delle unità della stessa trasferite, vengano privati dei diritti che la suddetta direttiva conferisce loro (42).

85. A tale riguardo si deve ancora osservare che una siffatta interpretazione della direttiva 2001/23 non può essere rimessa in discussione da un eventuale argomento derivante dal fatto che essa potrebbe dissuadere potenziali cessionari dall'acquisire l'impresa in difficoltà (o le parti valide della stessa). Infatti, da un lato, la Corte ha già respinto in più occasioni un argomento simile (43). Dall'altro, si deve rammentare che, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, secondo periodo, della stessa direttiva, essa non pregiudica i «licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione». Tali licenziamenti dovranno tuttavia avvenire in conformità con tutte le garanzie previste dalle disposizioni del diritto nazionale applicabili.

86. Con riguardo, infine, alla disposizione della direttiva 2001/23, menzionata dal governo dei Paesi Bassi e richiamata in udienza, vale a dire l'articolo 5, paragrafo 4, di tale direttiva, relativo all'abuso delle procedure d'insolvenza, non ritengo che essa sia pertinente nel caso di specie. Invero, dall'analisi che ho appena effettuato emerge che il *pre-pack*, come sviluppatosi nei Paesi Bassi, non configura un abuso del fallimento al fine di privare i lavoratori dei diritti derivanti dalla direttiva 2001/23. Al contrario, il regime di tutela previsto da tale direttiva si applica perfettamente al caso di un trasferimento avvenuto nell'ambito di un siffatto *pre-pack*.

## 5. Conclusione sulle prime tre questioni pregiudiziali

87. Alla luce di quanto suesposto, occorre innanzitutto rispondere alla seconda questione pregiudiziale dichiarando che un procedimento che conduce alla conclusione di un *pre-pack*, come quello di cui al procedimento principale, benché possa svolgersi in parte nell'ambito di un procedimento fallimentare, non rientra nell'eccezione prevista dall'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23, di modo che il regime di tutela dei lavoratori previsto negli articoli 3 e 4 di tale direttiva si applica in caso di trasferimento di un'impresa o di parte di essa nell'ambito di un siffatto *pre-pack*.

88. Di conseguenza, la risposta alla prima questione pregiudiziale discende dalla soluzione che suggerisco di dare alla seconda questione. Infatti, dal momento che, in caso di trasferimento di un'impresa avvenuto nell'ambito di un *pre-pack*, il procedimento fallimentare nei Paesi Bassi, come applicato da taluni giudici in tale paese, non prevede l'applicazione ai lavoratori dell'impresa cedente (o di parti di questa che sono oggetto del trasferimento) del regime di tutela previsto a loro favore negli articoli 3 e 4 della direttiva 2001/23, tale procedimento non è compatibile con la suddetta direttiva.

89. In proposito occorre, tuttavia, ricordare che il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti delle loro competenze, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme e applicando i metodi d'interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultimo (44).

90. Spetta pertanto al giudice del rinvio, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme e applicando metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, pervenire a una soluzione conforme allo scopo perseguito dalla direttiva 2001/23 e quindi garantire che, in caso di trasferimento di un'impresa o di alcune parti di essa nell'ambito di un *pre-pack*, l'applicazione del regime di tutela previsto dalla direttiva 2001/23 sia assicurato a favore dei lavoratori delle parti dell'impresa cedute.

91. Per quanto riguarda la terza questione pregiudiziale, dai paragrafi 57 e 58 nonché da 75 a 77 delle presenti conclusioni risulta che, in considerazione del fatto che il procedimento che conduce alla conclusione di un *pre-pack* mira alla prosecuzione dell'attività dell'impresa (o di parti valide di essa che sono oggetto della cessione), la circostanza per la quale l'applicazione di tale procedimento possa determinare altresì la massimizzazione della soddisfazione dei creditori non può comportare che il regime di tutela previsto dalla direttiva 2001/23 a favore dei lavoratori non si applichi in caso di trasferimento di un'impresa avvenuto nell'ambito di un *pre-pack* (45).

## **B. Sulla quarta questione pregiudiziale**

92. Con la quarta questione pregiudiziale, il giudice del rinvio pone un quesito in ordine al momento esatto in cui avviene il trasferimento dell'impresa.

93. Tuttavia, è giocoforza constatare che tale questione viene posta in relazione al capo delle conclusioni presentate in subordine dalla FNV e dagli altri ricorrenti litisconsorti dinanzi al giudice del rinvio (46). Orbene, come ha sottolineato la Commissione, una siffatta questione rileva solo nel caso in cui si debba decidere che il regime di tutela previsto negli articoli 3 e 4 della direttiva 2001/23 non sia applicabile nel caso di trasferimento di un'impresa avvenuto nell'ambito di un *pre-pack*.

94. In tali circostanze, alla luce della risposta suggerita per le prime tre questioni pregiudiziali, ritengo che non sia necessario che la Corte risponda alla quarta questione.

## **V. Conclusione**

95. Sulla base di tutte le suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dal Rechtbank Midden-Nederland (tribunale dei Paesi Bassi centrali) nel seguente modo:

1) Un procedimento come quello sviluppato nei Paesi Bassi che conduce alla conclusione di un *pre-pack*, in considerazione dell'obiettivo che esso persegue e delle sue modalità di applicazione, e benché lo stesso possa svolgersi in parte nell'ambito di un procedimento fallimentare, non può essere considerato un procedimento fallimentare o d'insolvenza analogo avviato in vista della liquidazione dei beni del cedente e

sottoposto al controllo di un'autorità pubblica competente ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti. Di conseguenza, un siffatto procedimento non rientra nell'eccezione prevista in tale disposizione, cosicché il regime di tutela previsto negli articoli 3 e 4 della direttiva 2001/23 si applica a un trasferimento di un'impresa o delle parti della stessa ancora valide avvenuto nell'ambito di un siffatto *pre-pack*.

2) Dal momento che, in caso di trasferimento di un'impresa avvenuto nell'ambito di un *pre-pack*, il procedimento fallimentare nei Paesi Bassi, come applicato da taluni giudici in tale paese, non prevede l'applicazione ai lavoratori dell'impresa cedente (o di parti di questa che sono oggetto del trasferimento) del regime di tutela previsto a loro favore dagli articoli 3 e 4 della direttiva 2001/23, tale procedimento non è compatibile con la suddetta direttiva. Spetta al giudice del rinvio, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme e applicando metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, pervenire a una soluzione conforme allo scopo perseguito dalla direttiva 2001/23 e quindi garantire che, in caso di trasferimento di un'impresa o di alcune parti di essa nell'ambito di un *pre-pack*, l'applicazione del regime di tutela previsto dalla direttiva 2001/23 sia assicurata a favore dei lavoratori delle parti dell'impresa cedute.

3) In considerazione del fatto che il procedimento che conduce alla conclusione di un *pre-pack* mira alla prosecuzione dell'attività dell'impresa (o di parti ancora valide di essa che sono oggetto della cessione), la circostanza per la quale l'applicazione di tale procedimento possa determinare altresì la massimizzazione della soddisfazione dei creditori non può comportare che il regime di tutela previsto dalla direttiva 2001/23 a favore dei lavoratori non si applichi in caso di trasferimento di un'impresa avvenuto nell'ambito di un *pre-pack*.

---

<sup>1</sup> Lingua originale: il francese.

---

<sup>2</sup> Per la Repubblica federale di Germania, v. «*Schutzschirmverfahren*» previsto nell'articolo 270b della Insolvenzordnung (regolamento sull'insolvenza). In Francia, la «*prepack cession*» è stata introdotta nell'articolo L611 7 del codice del commercio.

---

<sup>3</sup> Detta tendenza è stata riflessa nel recente regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza (GU 2015, L 141, pag. 19). V., in particolare, il considerando 10 di tale regolamento.

---

<sup>4</sup> Direttiva del Consiglio del 12 marzo 2001 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti (GU 2001, L 82, pag. 16).

---

<sup>5</sup> Direttiva del Consiglio del 14 febbraio 1977 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti (GU 1977, L 61, pag. 26), come modificata dalla direttiva 98/50/CE del Consiglio, del 29 giugno 1998 (GU 1998, L 201, pag. 88) (in prosieguo: la «direttiva 77/187»).

---

<sup>6</sup> Dalla decisione di rinvio risulta che, ad oggi, il *pre-pack* è previsto unicamente nei tribunali di Amsterdam, Rotterdam, Overijssel, Zeeland-West-Brabant, Gelderland, Oost-Brabant, dell'Aia e di Noord-Nederland e che il giudice del rinvio non lo prevede.

---

<sup>7</sup> V. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34218-1.html>. Dalla decisione di rinvio risulta che tale progetto preliminare di disegno di legge mira, da un lato, a contribuire all'efficacia della disciplina del fallimento e, d'altro, a promuovere la rapida ripresa di unità redditizie dell'impresa dopo il fallimento affinché sia possibile preservare il valore dell'impresa e l'occupazione.

---

<sup>8</sup> La direttiva 77/187 prevedeva per i lavoratori forme di tutela identiche a quelle previste dalla direttiva 2001/23, ma non prevedeva alcuna eccezione espressa all'applicabilità della suddetta direttiva nel caso in cui il trasferimento dell'impresa fosse avvenuto nell'ambito di una procedura di insolvenza.

---

<sup>9</sup> 135/83, EU:C:1985:55.

- 
- [10](#) Sentenza del 7 febbraio 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punti 14 e 18). A tale riguardo, v. altresì sentenza del 25 luglio 1991, d’Urso e a., (C-362/89, EU:C:1991:326, punto 23).
- 
- [11](#) Sentenza del 7 febbraio 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punti da 15 a 17).
- 
- [12](#) Sentenza del 7 febbraio 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punti 23 e 30). V., altresì, sentenza del 25 luglio 1991, d’Urso e a., (C-362/89, EU:C:1991:326, punto 23).
- 
- [13](#) Sentenza del 7 febbraio 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punto 24).
- 
- [14](#) Sentenza del 7 febbraio 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punti 28 e 29).
- 
- [15](#) C-362/89, EU:C:1991:326.
- 
- [16](#) Sentenza del 25 luglio 1991, d’Urso e a. (C-362/89, EU:C:1991:326, punto 26). In tale sentenza, la Corte ha altresì precisato che, tenuto conto delle differenze tra i sistemi giuridici degli Stati membri, il criterio dell’intensità del controllo esercitato dal giudice sul procedimento non consentiva, di per sé, di definire la sfera di applicazione della direttiva 77/187 (punto 25).
- 
- [17](#) La controversia di cui al procedimento principale riguardava l’applicabilità della tutela prevista dalla direttiva 77/187 nel caso di trasferimento di un’impresa sottoposta a un procedimento di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi previsto dalla legge italiana all’epoca applicabile. La Corte ha rilevato che la normativa italiana in materia aveva caratteristiche diverse a seconda che il decreto che disponeva la liquidazione coatta amministrativa stabilisse o meno la continuità dell’attività dell’impresa. V. sentenza del 25 luglio 1991, d’Urso e a. (C-362/89, EU:C:1991:326, punto 30).
- 
- [18](#) Sentenza del 25 luglio 1991, d’Urso e a., (C-362/89, EU:C:1991:326, punti 31 e 32).
- 
- [19](#) C-472/93, EU:C:1995:421.
- 
- [20](#) Sentenza del 7 dicembre 1995, Spano e a. (C-472/93, EU:C:1995:421, punti da 24 a 30).
- 
- [21](#) C-319/94, EU:C:1998:99.
- 
- [22](#) Sentenza del 12 marzo 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, punto 25). V., altresì, sentenza del 12 novembre 1998, Europièces (C-399/96, EU:C:1998:532, punto 26).
- 
- [23](#) Tali differenze sono sintetizzate in dettaglio al punto 9 della sentenza del 12 marzo 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99).
- 
- [24](#) Sentenza del 12 marzo 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, punti da 26 a 31). V., altresì, sentenza del 12 novembre 1998, Europièces (C-399/96, EU:C:1998:532, punti 31 e 32). In quest’ultima sentenza, la Corte ha applicato i criteri sviluppati nella sentenza del 12 marzo 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99) alla procedura di liquidazione volontaria in diritto belga.
- 
- [25](#) V. articolo 4 bis della direttiva 98/50 citata alla nota 5 delle presenti conclusioni.
- 
- [26](#) V. punto 23 della sentenza del 7 febbraio 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55), nonché punto 23 della sentenza del 25 luglio 1991, d’Urso e a. (C-362/89, EU:C:1991:326), e v. paragrafo 43 delle presenti conclusioni.
- 
- [27](#) Ne consegue che non può essere accolta la tesi avanzata dalla Smallsteps sia dinanzi al giudice del rinvio sia dinanzi alla Corte, secondo cui il requisito previsto all’articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/23, per cui la procedura sia «aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente» e si svolga «sotto il controllo di un’autorità pubblica competente» si applicherebbe esclusivamente ai procedimenti analoghi al fallimento e non al fallimento in quanto tale. Infatti, una siffatta interpretazione è chiaramente in contrasto con il tenore dei punti delle sentenze del 7

febbraio 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55), nonché del 25 luglio 1991, d'Urso e a. (C-362/89, EU:C:1991:326), di cui alla precedente nota.

- 
- [28](#) Ne consegue l'infondatezza dell'interpretazione proposta dal governo dei Paesi Bassi secondo cui il fattore decisivo per determinare l'applicabilità della direttiva 2001/23 a un trasferimento sarebbe che quest'ultimo verta su attività industriali o commerciali di un'impresa in fallimento. Infatti, nella giurisprudenza non rileva la situazione in cui si trovano le attività che sono oggetto di trasferimento, bensì l'obiettivo (prosecuzione o liquidazione dell'impresa) perseguito dal procedimento nell'ambito del quale avviene il trasferimento, poiché l'obiettivo deve essere considerato alla luce delle modalità di tale procedimento.
- 
- [29](#) Invero, la conoscenza dell'esistenza di una situazione di grave difficoltà finanziaria dell'impresa può avere conseguenze pregiudizievoli sull'atteggiamento nei confronti della stessa, dei suoi clienti, dei suoi fornitori e dei suoi investitori, circostanza che può determinare conseguenze negative significative sulle sue attività e, pertanto, sul suo valore.
- 
- [30](#) Per un esempio concreto di procedimento in cui i due obiettivi summenzionati si sovrappongono, v. paragrafo 32 delle conclusioni dell'avvocato generale Lenz nella causa Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291).
- 
- [31](#) V. punti 23 e 24 della sentenza del 7 febbraio 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55).
- 
- [32](#) V. sentenza dell'11 settembre 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-328/13, EU:C:2014:2197, punto 22 e la giurisprudenza ivi citata).
- 
- [33](#) Il curatore designato viene nominato in qualità di curatore fallimentare solo in casi eccezionali e per gravi motivi.
- 
- [34](#) L'intervento giudiziario nell'ambito del procedimento che conduce al *pre-pack* comporta che l'accordo di cessione dell'impresa acquisisce il valore e la forza di una decisione giurisdizionale, piuttosto che quella di un semplice accordo contrattuale che potrebbe essere modificato o non essere eseguito.
- 
- [35](#) In tale contesto appare singolare la tesi avanzata dal governo dei Paesi Bassi, il quale ha sostenuto che il procedimento che conduce alla conclusione di un *pre-pack* mirerebbe alla liquidazione dei beni del cedente, in ragione del fatto che tale procedimento si inserisce nell'ambito di un fallimento. A tal riguardo, rilevo che lo stesso titolo del disegno di legge oggetto di discussione dinanzi al Parlamento dei Paesi Bassi e che dovrebbe disciplinare il *pre-pack* in tale paese è «legge sulla continuazione delle imprese» (v. paragrafo 21 e nota 7 delle presenti conclusioni).
- 
- [36](#) Certamente un elemento da prendere in considerazione in un contesto economico caratterizzato dall'esistenza di pratiche di *insolvency forum shopping*.
- 
- [37](#) Per la rilevanza di detto elemento di distinzione nell'analisi, v. conclusioni dell'avvocato generale Lenz nella causa Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291, paragrafo 46).
- 
- [38](#) Per un esempio in cui la Corte ha preso in considerazione tale elemento nella sua analisi, v. punto 29 della sentenza del 12 marzo 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, punto 29) nonché paragrafo 50 delle conclusioni dell'avvocato generale Lenz nella causa Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291).
- 
- [39](#) Pertanto, dalla relazione dell'amministratore non ufficiale dell'Estro Groep, citato nella decisione del giudice del rinvio risulta che lo stesso Estro Groep ha scelto la H.I.G Capital come acquirente senza contattare in modo serio altri potenziali acquirenti e che il curatore designato, in sostanza, ha dovuto accettare una siffatta situazione.
- 
- [40](#) A tal riguardo, v. sentenza del 7 dicembre 1995, Spano e a. (C-472/93, EU:C:1995:421, punto 29).
- 
- [41](#) V. sentenza del 12 marzo 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, punto 29), nonché paragrafo 47 delle conclusioni dell'avvocato generale Lenz nella stessa causa (C-319/94, EU:C:1996:291).
- 
- [42](#) In tal senso, v. sentenze del 25 luglio 1991, d'Urso e a., (C-362/89, EU:C:1991:326, punto 32); del 7 dicembre 1995, Spano e a. (C-472/93, EU:C:1995:421, punto 30), nonché del 12 marzo 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, punto 31).

---

[43](#) A tal riguardo, v. altresì sentenze del 25 luglio 1991, d’Urso e a. (C-362/89, EU:C:1991:326, punti 18 e 19), nonché del 7 dicembre 1995, Spano e a. (C-472/93, EU:C:1995:421, punti 34 e 35).

---

[44](#) Sentenza del 13 luglio 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, punto 43), nonché, in tal senso, sentenze del 24 gennaio 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punto 27 e la giurisprudenza ivi citata), nonché dell’11 novembre 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, punto 34).

---

[45](#) A tale riguardo, rilevo che nella causa Dethier Équipement (sentenza del 12 marzo 1998, C-319/94, EU:C:1998:99), la Corte ha deciso che il regime di tutela dei lavoratori si applicava nel caso di liquidazione giudiziale, mentre tale procedimento perseguiva entrambi gli obiettivi. V. paragrafo 32 delle conclusioni dell’avvocato generale Lenz nella causa Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291).

---

[46](#) V. paragrafo 33 delle presenti conclusioni.