

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

Marco Darmon

presentate il 4 maggio 1988 *

*Signor Presidente,
Signori Giudici,*

1. Ancora una volta vi viene sottoposta una questione avente ad oggetto l'interpretazione della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE « concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti »¹ (in prosieguo: la « direttiva »). La novità si limita, come vedremo, alla fattispecie stessa, e non si estende ai problemi sottopostivi, già risolti, a mio avviso, dalle vostre più recenti sentenze pregiudiziali.

2. La P. Bork International A/S (in prosieguo: la « PBI »), che aveva preso in locazione un'impresa di scortecciamento di faggi appartenente alla Orehoved Trae og Finérindustri A/S (in prosieguo: « OTF »), disdiceva il contratto di locazione nell'autunno 1981, con effetto dal 22 dicembre 1981. Il 9 dicembre 1981 la PBI si dichiarava in stato d'insolvenza e annunciava ai suoi dipendenti che avrebbe lasciato i locali il 22 dicembre 1981, che la OTF non si era impegnata a riprendere l'attività dell'azienda dopo questa data e che tutti i dipendenti avrebbero ricevuto presto comunicazione del loro licenziamento. I licenziamenti venivano ritualmente notificati agli interessati verso la metà di dicembre.

3. Mentre l'attività dell'impresa cessava effettivamente il 22 dicembre 1981, la OTF e la Junckers Industrier A/S (in prosieguo: « JI ») intavolavano, alla fine dello stesse

mese, trattative che si concludevano il 30 dicembre 1981 con un contratto scritto relativo all'acquisto, da parte della JI, dell'impresa di scortecciamento di faggi e dell'impianto termico ad essa pertinente. Con detto contratto venivano trasferiti alla JI il terreno, i fabbricati, il macchinario e i pezzi di ricambio, con effetto dal 4 gennaio 1982. In questa data la JI iniziava ad esercire l'impresa con personale composto esclusivamente di ex dipendenti della PBI da essa riassunti. Successivamente, l'8 gennaio 1982, la PBI e la JI stipulavano un accordo per l'acquisto da parte di quest'ultima delle merci giacenti in magazzino, di pezzi di ricambio, di attrezzature, di strumenti accessori e di mobilio lasciati nei locali. Il 9 luglio 1982 la PBI veniva dichiarata fallita.

4. Nell'ambito di controversie relative all'individuazione del debitore delle retribuzioni e delle indennità per ferie non godute spettanti ai dipendenti della PBI in seguito al loro licenziamento da parte di quest'ultima lo Højesteret vi ha sottoposto una questione pregiudiziale. Infatti questo organo giurisdizionale ha ritenuto che la determinazione del debitore dipendesse dal se la cessazione, da parte della PBI e successivamente la ripresa della gestione, da parte della JI, dell'impresa di scortecciamento di faggi avesse costituito o no un trasferimento d'impresa ai sensi della direttiva e della legge danese di recepimento 21 marzo 1979. Poiché un siffatto trasferimento comporta la conservazione, in capo al cessionario, dei diritti e delle obbligazioni derivanti per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento, la questione del se debitore sia la massa fallimentare della società fallita (la PBI) o l'acquirente dell'impresa (la JI) sem-

* Traduzione dal francese.

1 — GU L. 61 del 5.3.1977, pag. 26.

bra in effetti connessa all'assenza o all'esistenza di un trasferimento dell'impresa interessata ai sensi della direttiva.

5. Dalla lettura della motivazione del provvedimento di rinvio emerge che la discussione giuridica che ha portato al rinvio pregiudiziale verteva essenzialmente sul fatto che l'operazione la quale, a partire dalla cessazione dell'attività della PBI, è culminata nella ripresa dell'attività da parte della JI, si è svolta in due fasi: la PBI ha risolto il contratto di locazione con effetto dal 22 dicembre 1981, ed è il proprietario, la OTF, che ha ceduto, il 30 dicembre 1981, il terreno, i fabbricati, il macchinario e i pezzi di ricambio alla JI. Quest'ultima ha sostenuto dinanzi al giudice nazionale, e successivamente dinanzi alla Corte, che non può esservi trasferimento, ai sensi della direttiva, qualora il precedente datore di lavoro non abbia partecipato in alcun modo alle operazioni relative all'organizzazione di un'impresa da parte di un successivo datore di lavoro. L'applicazione della direttiva presupporrebbe che il precedente datore di lavoro abbia partecipato all'accordo avente ad oggetto il trasferimento dell'impresa.

6. Questa discussione, in cui il Fondo di garanzia dei lavoratori subordinati e la Commissione hanno sostenuto una tesi opposta a quella della JI, non ha più motivo d'essere. Infatti, nella sentenza Tellerup, pronunciata il 10 febbraio 1988, avete affermato molto chiaramente:

« il fatto che (...) il trasferimento abbia luogo in due fasi, nel senso che l'impresa è dapprima retrocessa dall'affittuario iniziale al proprietario, il quale ultimo la trasferisce poi al nuovo affittuario, non esclude l'applicazione della direttiva, sempre che l'entità economica conservi la propria identità (...) »².

2 — Causa 324/86, Racc. pag. 739, punto 10.

Pertanto, il fatto che dopo la risoluzione del contratto di locazione l'affittuario dell'impresa non abbia partecipato all'accordo, stipulato fra il proprietario e l'acquirente, che ha consentito la ripresa dell'attività dell'impresa non esclude, di per sé, l'esistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva.

7. Tuttavia, l'esame di una situazione giuridica come quella esposta dal giudice a quo non consiste soltanto nel valutare le eventuali conseguenze della mancanza di legame giuridico fra il conduttore di un'impresa e colui che, dopo lo scioglimento del contratto di locazione, acquista l'impresa dal suo proprietario. Per una soluzione utile della questione occorre stabilire se la direttiva possa applicarsi qualora fra la cessazione dell'attività da parte di una ditta e la sua ripresa da parte di un'altra ditta sia trascorso un certo lasso di tempo durante il quale l'impresa non era più in esercizio. Nelle sue osservazioni la JI ha sostenuto che non poteva esservi trasferimento ai sensi della direttiva quando l'attività dell'impresa è cessata, dato che nella fattispecie la cessazione era considerata definitiva. Ed è su questo aspetto della questione che la Commissione ha incentrato l'essenziale della sua argomentazione, pronunziandosi nel senso dell'applicabilità della direttiva.

8. Innanzitutto si devono ricordare i termini nei quali la vostra giurisprudenza stabilisce i presupposti del trasferimento d'impresa ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva. Secondo la vostra recente sentenza Ny Mølle Kro, emessa il 17 dicembre 1987, questa disposizione

« riguarda l'ipotesi in cui l'impresa conserva la sua identità nel senso che un'entità economica ancora esistente viene trasferita, il che si desume in particolare dal fatto che il suo esercizio è effettivamente proseguito o ricominciato dal nuovo imprenditore, con le

stesse attività economiche o con attività analoghe »³.

9. Nella sentenza *Spijkers*, pronunciata il 18 marzo 1986, indicate il metodo che dev'essere seguito per determinare se sussistono i presupposti, così stabiliti, dal trasferimento. Si deve

« prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici ed i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività ».

Inoltre precisate che

« tutti questi elementi sono soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente »⁴.

10. Tuttavia, un aspetto della vostra giurisprudenza, essenziale, a mio avviso, per la soluzione che dovete fornire, è costituito dal brano, peraltro identico nelle sentenze *Spijkers* e *Ny Mølle Kro*, in cui, alla definizione dei presupposti del trasferimento e dell'elenco, non esaustivo, degli elementi di valutazione della sussistenza degli stessi, aggiungete:

3 — Causa 287/86, Racc. pag. 5465 e 5484, punto 18.

4 — Causa 24/85, Racc. 1986, pag. 1119, punto 13

« le valutazioni di fatto necessarie per determinare se vi sia un trasferimento nel senso indicato rientrano nella competenza del giudice nazionale, alla luce dei criteri interpretativi sopra indicati »⁵.

11. Il rispetto della distinzione che avete così effettuato fra, da un lato, la funzione spettante nell'ambito di un rinvio pregiudiziale vertente sulla direttiva, che consiste nel fornire una definizione generale dei presupposti del trasferimento d'impresa, integrata da un elenco non esaustivo degli elementi di valutazione della sussistenza di detti presupposti, e, dall'altro, la funzione che compete al giudice nazionale, consistente nell'applicare queste norme interpretative mediante valutazioni di fatto necessarie per stabilire se vi sia o no trasferimento, deve ispirare oggi la vostra soluzione. Voi non potete, a meno che non vogliate rimettere in discussione su questo punto la vostra giurisprudenza, operare valutazioni di fatto relativamente all'applicazione di uno degli elementi elencati nelle sentenze *Spijkers* e *Ny Mølle Kro*.

12. La questione della cessazione dell'attività dell'impresa illustra bene, a mio avviso, questa necessità di rispettare la ripartizione delle funzioni fra la Corte e il giudice nazionale. Nella sentenza *Ny Mølle Kro*, fra le circostanze che devono essere valutate dal giudice nazionale, avete menzionato il fatto

« che l'impresa, al momento del trasferimento, fosse temporaneamente chiusa e non avesse quindi dipendenti in servizio »

precisando che

5 — Causa 24/85, precitata, punto 14, e causa 287/86, precitata, punto 21.

« la chiusura temporanea dell'impresa e la conseguente mancanza di personale al momento del trasferimento non bastano di per sé per escludere il trasferimento d'impresa »⁶.

« l'art. 1, n. 1, della direttiva (...) non si applica ai trasferimenti di un'impresa (...) in una situazione nella quale il cedente è stato dichiarato fallito ».

Quest'ultima conclusione è perfettamente chiara, nel senso che si considera che la cessazione temporanea dell'attività non osta, di per sé, all'esistenza di un trasferimento d'impresa, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva, e che i suoi effetti sull'esistenza di siffatto trasferimento dipenderanno dal complesso delle circostanze di fatto che l'accompagnano e che spetta al giudice nazionale valutare.

Tuttavia, al di fuori di tale ipotesi, formulate considerazioni estremamente sfumate, le più caratteristiche delle quali sono svolte, come abbiamo visto, nelle sentenze Spijkers, Tellerup e Ny Mølle Kro. E l'avvocato generale Mancini, nelle conclusioni presentate il 9 febbraio 1988 a proposito delle cause Berg e Busschers/Besselsen⁹, ha giustamente sintetizzato lo stato della vostra giurisprudenza osservando:

« In definitiva, gli unici casi in cui l'articolo 1 è sempre e sicuramente inapplicabile sono quelli dell'impresa fallita e della società in liquidazione ».

13. Pertanto, a mio avviso, non vi compete esaminare di volta in volta, in occasione dei vari rinvii pregiudiziali, i vari casi possibili di cessazione temporanea dell'attività per distinguere quelli che escludono l'applicazione della direttiva da quelli che la comportano. Questa esame spetta, ogni volta, al giudice nazionale adito nella causa principale. Sol tanto qualora sussistano elementi sufficientemente certi che consentano di accertare che non ricorre più un'entità economica esistente potete trarre conclusioni da una particolare fattispecie di cessazione d'attività.

15. Si ricollega la situazione che è all'origine di questo procedimento pregiudiziale ad uno di quei casi che vi consentono di concludere categoricamente per l'inapplicabilità della direttiva? La società PBI è stata, certo, dichiarata fallita, ma lo è stata oltre sette mesi dopo il trasferimento controverso. Questa circostanza non è quindi rilevante. Peraltro, la volontà unilaterale dichiarata dalla PBI, nel corso del dicembre 1981, di cessare l'attività non è equiparabile ad una liquidazione d'impresa nel senso procedurale del termine, vale a dire ad una liquidazione giudiziaria.

14. Orbene, dall'esame della vostra giurisprudenza emerge, secondo me, che i casi in cui, in considerazione di una determinata situazione, concludete per l'inapplicabilità della direttiva corrispondono ad ipotesi giuridicamente ben delimitate. Così nelle sentenze Abels⁷ e Botzen⁸ del 7 febbraio 1985 affermate che:

16. È dato tuttavia, prescindendo dalle ristrette ipotesi del fallimento o della liquidazione, rinvenire nella situazione che ha por-

6 — Causa 287/86, precisata, punto 19.

7 — Causa 135/83, Racc. 1985, pag. 469.

8 — Causa 186/83, Racc. 1985, pag. 519.

9 — Cause 144 e 145/87, Racc. 1988, pag. 2559.

tato lo Højesteret a rivolgersi alla Corte elementi che siano, a vostro avviso, anch'essi incompatibili con l'esistenza di un trasferimento ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva? Dinanzi a voi la JI ha dedotto che la PBI, nelle decisioni adottate nel dicembre del 1981, considerava definitiva la cessazione dell'attività dell'impresa di scortecciamento di faggi, dato che allora non si prevedeva la ripresa dell'attività, e che il licenziamento del personale della stessa costituiva estinzione immediata del rapporto di lavoro.

17. Non credo affatto che questi elementi possano autorizzare in questa fase una soluzione certa e negativa, quanto all'applicazione della direttiva. Infatti, essi non possono essere considerati, prescindendo da altre circostanze, quali il breve termine di preavviso, la brevità della cessazione dell'attività dell'impresa, la sua coincidenza con il periodo di festività di fine anno che comporta per definizione — come ha espressamente rilevato il giudice a quo — un notevole rallentamento dell'attività, l'analogia fra l'attività della PBI e quella svolta successivamente dalla JI esclusivamente mediante dipendenti che avevano precedentemente lavorato per la PBI.

18. Per di più, la brevità del periodo di cessazione dell'attività e il rapidissimo riavvio, all'indomani delle festività di fine anno, di un'impresa di scortecciamento di faggi analoga a quella che si riteneva scomparsa alla vigilia delle festività potrebbero eventual-

mente indurre ad accertare se l'art. 4, n. 1, della direttiva, che vieta di basare il licenziamento sul trasferimento, considerato in sé e per sé, sia stato effettivamente rispettato. Dato che la OTF al momento della risoluzione del contratto di locazione con la PBI intendeva cedere il più rapidamente possibile tutti i beni mobili e immobili dando così a un terzo la possibilità di riattivare l'impresa, si può ammettere che il rifiuto del proprietario di continuare, per proprio conto, l'esercizio della stessa dopo la cessazione della locazione basti a consentire di considerare il licenziamento dei dipendenti da parte della PBI come estinzione definitiva del rapporto di lavoro? Qualora la continuazione, mediante cessione dell'impresa, fosse stata prevista, in via di principio, al momento in cui la locazione ebbe termine, anche se non era stata ancora stipulata una cessione determinata, si potrebbe infatti ritenere che l'art. 4, n. 1, della direttiva impedisca di considerare i licenziamenti come estinzione definitiva del rapporto di lavoro.

19. A mio avviso, quindi, non è possibile eludere un certo numero di questioni e di discussioni. Ciò significa che dalla situazione che ha portato al rinvio pregiudiziale non emerge alcun elemento atto a consentirvi di fornire una soluzione categorica nel senso dell'inapplicabilità della direttiva, e di dispensare così il giudice nazionale dalla valutazione dell'insieme delle circostanze di fatto, alla quale è invitato dalle recenti sentenze Spijkers e Ny Mølle Kro.

20. Concludo pertanto suggerendovi di dichiarare quanto segue:

« L'art. 1, n. 1, della direttiva 77/187/CEE dev'essere interpretato nel senso che esso può applicarsi nell'ipotesi in cui un'impresa locata venga, dopo la cessazione

della locazione, ceduta dal proprietario ad un acquirente, a condizione che un'entità economica ancora esistente sia stata trasferita. Per stabilire se sussista detta ipotesi si deve tener conto del complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi fra le quali si possono annoverare, eventualmente, la chiusura dell'impresa fra la cessazione del contratto di locazione e la cessione all'acquirente e la conseguente mancanza di personale, licenziato prima di detta chiusura, elementi che tuttavia, soprattutto in caso di chiusura di breve durata che non impedisca l'immediata ripresa di un'attività analoga, non valgono di per sé ad escludere l'applicabilità della direttiva, il cui art. 4, n. 1, ha l'effetto di limitare la possibilità di licenziamento qualora la ripresa dell'attività dell'impresa fosse prevista in via di principio ».