

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE JEAN MISCHO

presentate il 2 luglio 2002¹

1. Il Sozialgericht Leipzig (giudice per la legislazione in materia sociale di Lipsia, Germania) chiede alla Corte di interpretare gli artt. 3 e 4 della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro² e l'art. 141 CE per poter decidere una controversia che riguarda una lavoratrice in congedo parentale.

I — Contesto normativo

A — *Normativa comunitaria*

2. La direttiva 80/987 è intesa a garantire ai lavoratori subordinati una tutela comunitaria minima in caso di insolvenza del loro datore di lavoro, fatte salve le disposizioni più favorevoli esistenti nelle normative degli Stati membri. A tal fine essa prevede in particolare specifiche garanzie per il pagamento delle loro retribuzioni non corrisposte.

3. Gli artt. 3 e 4 della detta direttiva enunciano quanto segue:

«Articolo 3

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché gli organismi di garanzia assicurino, fatto salvo l'articolo 4, il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati, risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e relativi alla retribuzione del periodo situato prima di una data determinata.

2. La data di cui al paragrafo 1 è, a scelta degli Stati membri:

- o quella dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro;
- o quella del preavviso di licenziamento del lavoratore subordinato interessato, comunicato a causa dell'insolvenza del datore di lavoro;

¹ — Lingua originale: il francese.

² — GU L 283, pag. 23.

— o quella dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro o quella della cessazione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro del lavoratore subordinato interessato, avvenuta a causa dell'insolvenza del datore di lavoro.

tivi alla retribuzione degli ultimi tre mesi del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro precedenti la data del preavviso di licenziamento del lavoratore subordinato, comunicato a causa dell'insolvenza del datore di lavoro;

Articolo 4

1. Gli Stati membri hanno la facoltà di limitare l'obbligo di pagamento degli organismi di garanzia, di cui all'articolo 3.

2. Quando si avvalgono della facoltà di cui al paragrafo 1, gli Stati membri devono:

— nel caso di cui all'articolo 3, paragrafo 2, primo trattino, assicurare il pagamento dei diritti non pagati relativi alla retribuzione degli ultimi tre mesi del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro nell'ambito di un periodo di sei mesi precedenti la data dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro;

— nel caso di cui all'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, assicurare il pagamento dei diritti non pagati rela-

— o, nel caso di cui all'articolo 3, paragrafo 2, terzo trattino, assicurare il pagamento dei diritti non pagati relativi alla retribuzione degli ultimi diciotto mesi del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro precedenti la data dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro o la data della cessazione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro del lavoratore subordinato, avvenuta a causa dell'insolvenza del datore di lavoro. In tal caso, gli Stati membri possono limitare l'obbligo di pagamento alla retribuzione corrispondente ad un periodo di otto settimane o a vari periodi parziali per un totale della stessa durata.

3. Tuttavia per evitare di versare delle somme che vanno oltre il fine sociale della presente direttiva, gli Stati membri possono fissare un massimale per la garanzia di pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati.

Quando si avvalgono di tale facoltà, gli Stati membri comunicano alla Commissione i metodi con cui fissano il massimale».

B — *Normativa nazionale*

4. In Germania le disposizioni dell'art. 183 del Sozialgesetzbuch III (codice sociale tedesco, III parte; in prosieguito: il «SGB III»)³ sono intese a trasporre la direttiva 80/987. Tale articolo, nella formulazione che risulta dalla 1^a legge di modifica dello SGB III⁴, è intitolato «Diritto dei lavoratori subordinati» e dispone, ai nn. 1 e 2, quanto segue:

«1. I lavoratori hanno diritto ad un'indennità d'insolvenza qualora:

1) al momento dell'apertura del procedimento per insolvenza sul patrimonio del datore di lavoro,

2) al momento del rigetto della domanda di apertura del procedimento per insolvenza per insufficienza dell'attivo, o

3) in caso di totale cessazione dell'attività d'impresa nel territorio nazionale, quando non è stata presentata nessuna

domanda di apertura del procedimento per insolvenza e quando un tale procedimento chiaramente non è ipotizzabile per insufficienza dell'attivo,

(insorgere dell'insolvenza) essi abbiano ancora diritti salariali per i tre mesi del rapporto di lavoro precedenti tale data. I diritti salariali includono ogni diritto a retribuzione fondato sul rapporto di lavoro.

2. Se un lavoratore, che non è a conoscenza della sopravvenuta insolvenza, continua o inizia a lavorare, il suo diritto verte sui diritti salariali per il rapporto di lavoro dei tre mesi precedenti il giorno in cui egli è venuto a conoscenza dell'insolvenza».

II — *La causa principale*

5. La causa principale concerne il pagamento di un'indennità d'insolvenza («Insolvenzgeld»).

6. Il 1^o novembre 1997, la sig.ra Mau ha iniziato a lavorare per la società Planun-

3 — BGBl. 1997 I, pag. 594.

4 — BGBl. 1997 I, pag. 2970.

gsbüro Franz-Josef Holschbach GmbH, con sede in Germania, a Böhlitz-Ehrenberg, in qualità di ingegnere del paesaggio per uno stipendio mensile lordo di DEM 3 200. A partire dal 1° gennaio 1999 la sig.ra Mau non ha più percepito dal suo datore di lavoro alcuna retribuzione.

7. Tra il 16 settembre ed il 29 dicembre 1999 la sig.ra Mau rientrava nella sfera di applicazione del divieto di lavoro a norma degli artt. 3, n. 2, e 6, n. 1, prima frase del Mutterschutzgesetz (legge di tutela della maternità). Durante tale periodo, essa ha percepito dalla propria cassa malattia assegni di maternità di un importo di DEM 25 al giorno, per un totale di DEM 1 575. Essa ha partorito il 3 novembre 1999.

8. Dal 30 dicembre 1999 la sig.ra Mau si trova in congedo parentale e percepisce un assegno parentale in conformità del Bundeserziehungsgeld-Gesetz (legge federale sulla concessione dell'assegno parentale). Essa intendeva prendere un congedo parentale di tre anni. A norma del diritto tedesco il suo impiego viene mantenuto durante tale periodo nonostante gli obblighi principali che derivano da tale impiego (obbligo di lavoro e di retribuzione) siano sospesi.

9. La sig.ra Mau ha intentato dinanzi all'Arbeitsgericht Leipzig (Germania) un'azione diretta ad ottenere il versamento

della retribuzione arretrata per il periodo 1° gennaio - 29 dicembre 1999, per un importo complessivo lordo di DEM 22 669,73. L'Arbeitsgericht ha accolto la domanda.

10. Con lettera del 16 dicembre 1999, ricevuta il 27 dicembre 1999 dall'Amtsgericht Leipzig (Germania) (tribunale fallimentare), la Deutsche Angestelltenkrankenkasse (cassa malattia degli impiegati) ha chiesto, in qualità di ente che percepisce tutti i contributi sociali, l'apertura del procedimento per insolvenza sul patrimonio del datore di lavoro della sig.ra Mau, per arretrati di contributi sociali. Tale domanda è stata respinta per insufficienza dell'attivo con ordinanza dell'Amtsgericht 23 giugno 2000.

11. Dal fascicolo risulta che la sig.ra Mau ha chiesto, innanzi tutto a titolo conservativo, alla Bundesanstalt für Arbeit — in concreto all'ufficio del lavoro di Leipzig — il versamento di un'indennità di mancata retribuzione senza sapere se un procedimento per insolvenza fosse stato o meno intrapreso. Solo dopo numerose richieste di informazioni l'Amtsgericht ha reso nota alla sig.ra Mau l'ordinanza 23 giugno 2000. Su richiesta, la sig.ra Mau ha precisato il 21 agosto 2000 che essa sollecitava un'indennità di mancata retribuzione solamente per il periodo 1° ottobre - 31 dicembre 1999.

12. Poiché tale domanda è stata respinta con decisione 28 agosto 2000, la sig.ra

Mau ha presentato opposizione contro tale decisione, in seguito parimenti respinta. La sig.ra Mau ha allora adito il Sozialgericht Leipzig.

- 3) Se la Repubblica federale di Germania sia tenuta al risarcimento del danno nei confronti dell'attrice nella causa principale per trasposizione scorretta della direttiva 80/987/CEE.

III — Questioni pregiudiziali

13. Nutrendo dubbi sulla conformità del diritto nazionale al diritto comunitario applicabile in materia, in particolare alla direttiva 80/987, il Sozialgericht Leipzig ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 183, primo comma, del SGB III determini una data ai sensi dell'art. 3 della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

- 4) Se la Corte di giustizia confermi il suo punto di vista secondo cui nella determinazione del periodo di riferimento ci si deve fondare sulla data della domanda di apertura del procedimento per insolvenza.

- 5) Se il calcolo del periodo di riferimento dell'indennità d'insolvenza previsto dall'art. 183, primo comma, del SGB III sia compatibile con l'art. 141 del Trattato CE.

- 2) Se la Repubblica federale di Germania abbia validamente limitato l'obbligo di pagamento della Bundesanstalt für Arbeit ai sensi dell'art. 4 della direttiva 80/987/CEE.

- 6) Se, nel caso di un richiedente che sia in congedo parentale, il giorno precedente quello della sua domanda costituisca la data determinante ai sensi dell'art. 3, n. 2, della direttiva 80/987/CEE».

IV — Valutazione

Sulla prima e sulla quarta questione pregiudiziale

14. Sono anch'io del parere, come la Commissione, che la prima e la quarta questione pregiudiziale riguardino il medesimo problema di base: il calcolo del periodo di riferimento di cui agli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva 80/987. Propongo quindi di trattarle insieme.

15. Con tali questioni il giudice a quo chiede, in sostanza, se gli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva 80/987 debbano interpretarsi nel senso che ostano ad una norma di diritto nazionale quale quella contenuta all'art. 183, n. 1, del SGB III, che subordina il calcolo del periodo di riferimento alla data della decisione di apertura del procedimento per insolvenza (o della decisione di rigetto della domanda di apertura per insufficienza dell'attivo) e non dalla data di introduzione della detta domanda.

16. Il giudice a quo spiega che una risposta affermativa a tale questione potrebbe portarlo ad accogliere, in sostanza, la domanda della sig.ra Mau. Secondo tale giudice, infatti, «[s]e ci si basa sulla data della domanda di apertura [del procedimento per insolvenza], ossia il 27 dicembre 1999, ai sensi del diritto tedesco il periodo

di riferimento va dal 27 settembre al 26 dicembre 1999. Durante tale periodo l'attrice nella causa principale vantava un diritto a retribuzione insoluto nei confronti del suo datore di lavoro, diminuito di DEM 25 al giorno in ragione dell'assegno di maternità versato dalla cassa malattia a norma dell'art. 11, n. 1, primo comma, del MuschG».

17. Il giudice a quo ritiene che la questione, formulata come sopra, richieda una risposta affermativa. A tale riguardo esso fa riferimento alla sentenza Bonifaci e a. e Berto e a.⁵ nonché alla sentenza Maso e a.⁶, nelle quali la Corte ha effettivamente dichiarato che la nozione dell'«insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro» utilizzata agli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva 80/987 — nozione da cui dipende il calcolo del periodo di riferimento — dev'essere interpretata nel senso che designa la data della *domanda* diretta all'apertura del procedimento di soddisfacimento collettivo⁷.

18. Il governo tedesco sostiene, tuttavia, che tale giurisprudenza non può trovare applicazione nel caso di specie.

5 — Sentenza 10 luglio 1997, cause riunite C-94/95 e C-95/95 (Racc. pag. I-3969).

6 — Sentenza 10 luglio 1997, causa C-373/95 (Racc. pag. I-4051).

7 — Sentenze Bonifaci e a. e Berto e a., punto 42, e Maso e a., punto 52.

19. Esso sostiene, innanzi tutto, che la Repubblica federale di Germania ha correttamente trasposto «la definizione giuridica del legislatore comunitario contenuta nell'art. 2 della direttiva sull'insolvenza secondo cui un datore di lavoro si considera in stato di insolvenza ai sensi della direttiva

ha statuito proprio che la nozione dell'«insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro», utilizzata agli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva 80/987, non dev'essere interpretata con riferimento alla nozione di insolvenza quale figura all'art. 2 della detta direttiva.

“a) quando è stata *richiesta* l'apertura di un procedimento (...) che riguarda il patrimonio del datore di lavoro [...]

e

b) quando l'autorità competente (...)

— ha *deciso* l'apertura del procedimento,

— o ha constatato (...) l'insufficienza dell'attivo disponibile per giustificare l'apertura del procedimento”⁸».

20. Va, tuttavia, constatato che, nelle citate sentenze Bonifaci e a. e Berto e a., la Corte

21. Infatti, secondo la Corte, «perché la direttiva si applichi, debbono essersi verificati due eventi: in primo luogo, dev'essere stata presentata all'autorità nazionale competente una domanda diretta ad aprire un procedimento di soddisfacimento collettivo dei creditori e, in secondo luogo, devono essere stati pronunciati vuoi una decisione di apertura del procedimento, vuoi un accertamento della chiusura dell'impresa in caso di insufficienza dell'attivo.

Il verificarsi di tali due eventi (...) se condiziona l'entrata in azione della garanzia prevista dalla direttiva, non può però servire a designare i diritti non pagati oggetto della detta garanzia. Tale ultima questione è disciplinata dagli artt. 3 e 4 della direttiva, che si riferiscono a una data necessariamente unica, prima della quale dovrebbero trascorrere i periodi di riferimento considerati da tali articoli»⁹.

22. Il governo tedesco sostiene, poi, che, nelle citate sentenze Bonifaci e a. e Berto e

8 — Sottolineato nel testo originale.

9 — Sentenza Maso e a., citata, punti 45 e 46. V. anche sentenze Bonifaci e a. e Berto e a., citate, punti 35 e 36.

a., nonché Maso e a., in discussione era la normativa italiana delle procedure concorsuali collettive. Ora, partendo dal fatto che questa esige che la garanzia si iscriva entro un limite di dodici mesi prima della data di riferimento, mentre la normativa tedesca non ha previsto un tale limite, il governo tedesco conclude che si tratta di due contesti ed ordinamenti giuridici distinti che non potrebbero essere soggetti alla stessa interpretazione della direttiva 80/987.

23. Tuttavia, come la Commissione ha giustamente osservato in udienza, una conclusione di tale genere è inaccettabile alla luce della necessità di interpretazione e di applicazione uniforme del diritto comunitario che il rinvio pregiudiziale ha del resto la funzione di salvaguardare¹⁰. Non può, infatti, concepirsi un'interpretazione delle disposizioni comunitarie «à la carte», a seconda delle caratteristiche di ciascun ordinamento giuridico nazionale.

24. Più specificamente, la direttiva 80/987 mira proprio, come sottolineato nel suo secondo 'considerando', a ridurre le differenze che esistono tra gli Stati membri quanto alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro. L'adottare, a seconda dell'ordinamento giuridico in cui viene applicata, un'interpretazione diversa di una stessa disposizione sarebbe direttamente in contrasto con il fine di ravvicinamento delle normative.

25. È, d'altro canto, corretto dire, come suggerisce il governo tedesco, che la soluzione accolta nelle citate sentenze Bonifaci e a. e Berto e a., nonché Maso e a., avrebbe valore solo nel contesto italiano?

26. Non credo.

27. Certo, la Corte ha fatto riferimento alle circostanze della fattispecie al punto 40 della citata sentenza Bonifaci e a. e Berto e a. e al punto 50 della citata sentenza Maso e a.. Risulta, tuttavia, da questi stessi punti che la Corte, nello statuire che la nozione dell'«insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro», utilizzata agli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva 80/987, va interpretata nel senso che designa la data della domanda diretta all'apertura del procedimento di soddisfacimento collettivo, ha fondato il suo ragionamento sull'esistenza delle limitazioni temporali di cui all'art. 4, n. 2.

28. Vi si può, infatti, leggere che, «(...) come risulta del resto dalle circostanze del caso di specie, la decisione di aprire il procedimento di soddisfacimento collettivo dei creditori o, più precisamente, nella fattispecie, la sentenza dichiarativa di fallimento, può intervenire molto tempo dopo la domanda di apertura del procedimento o, ancora, la cessazione dei periodi di occupazione a cui si riferiscono le retribuzioni non corrisposte, così che, se l'insor-

¹⁰ — Sentenza 6 ottobre 1982, causa 283/81, CILFIT e a. (Racc. pag. 3415, punto 7).

gere dell'insolvenza del datore di lavoro dovesse dipendere dal ricorrere delle condizioni previste dall'art. 2, n. 1, della direttiva, il pagamento di tali retribuzioni, *tenuto conto delle limitazioni temporali di cui all'art. 4, n. 2*, potrebbe non essere mai garantito dalla direttiva, e ciò per motivi che possono essere indipendenti dal comportamento dei lavoratori. Quest'ultima conseguenza sarebbe in contrasto con la finalità della direttiva che, come risulta dal suo primo 'considerando', è quella di garantire ai lavoratori subordinati una tutela comunitaria minima in caso di insolvenza del datore di lavoro»¹¹.

29. Vero è che, in concreto, il legislatore tedesco non ha utilizzato tutte le possibilità in materia di limitazioni temporali che l'art. 4, n. 2, della direttiva 80/987 gli forniva. Esso ha, in effetti, previsto un periodo di riferimento di tre mesi ma senza che questo debba collocarsi entro un periodo di sei mesi che precede la data dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro, cosa che l'art. 4, n. 2, primo trattino, gli avrebbe consentito di prevedere. Poiché tale disposizione non prevede che una garanzia minima, la Repubblica federale di Germania era tuttavia libera di accordare ai lavoratori una garanzia più estesa.

30. Ciò non toglie, tuttavia, che le limitazioni temporali di cui all'art. 4, n. 2, possono trovare applicazione in tutti gli

Stati membri e che esse non costituiscono, quindi, affatto una peculiarità italiana.

31. Ritengo quindi che il governo tedesco non possa pretendere una interpretazione diversa della nozione dell'«insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro» ai sensi dell'art. 3, n. 2, primo trattino, della direttiva 80/987 per il solo fatto che il legislatore tedesco ha scelto di non applicare interamente le limitazioni temporali di cui all'art. 4, n. 2, primo trattino, della stessa direttiva.

32. Infine, il governo tedesco ritiene che l'interpretazione secondo la quale la data dell'«insorgere dell'insolvenza» sarebbe quella della domanda di apertura del procedimento comporterebbe conseguenze nefaste sia per le parti sociali sia, complessivamente, per la situazione economica generale.

33. In effetti, dal momento che i loro diritti sarebbero ormai garantiti solamente fino alla domanda di procedimento per insolvenza, i lavoratori non sarebbero più disposti a lavorare una volta presentata tale domanda. Essi si ritroverebbero così disoccupati prima del tempo. Del resto, gli

11 — Il corsivo è mio. V. anche le sentenze Bonifaci e a. e Berto e a., citate, punto 40.

amministratori giudiziari vedrebbero i loro margini di manovra sensibilmente ridotti¹² ed il risanamento dell'impresa in difficoltà diverrebbe quasi impossibile, mentre questo costituisce uno degli obiettivi della normativa tedesca sull'insolvenza.

34. Una argomentazione di tale genere non mi sembra, tuttavia, convincente.

35. In primo luogo, tale argomento è in contraddizione con un altro argomento, fatto valere dal governo tedesco all'udienza, secondo il quale la sig.ra Mau avrebbe potuto tutelare i suoi diritti all'indennità d'insolvenza se essa avesse presentato le dimissioni nel corso del 1999, vale a dire in un momento in cui essa aveva ancora diritto ad un stipendio ma non lo percepiva, in effetti, più. Il governo tedesco ritiene quindi che i lavoratori farebbero meglio a lasciare il lavoro non appena la loro retribuzione arretrata ammonti a tre mesi.

36. In secondo luogo, il legale della sig.ra Mau ha risposto, molto avvedutamente, che un lavoratore non lascia di norma il suo lavoro a meno che non ne abbia trovato un altro. Se così non è, non c'è motivo di dare le dimissioni di propria volontà, cosa che potrebbe del resto causargli dei problemi, in particolare, per ottenere le indennità di disoccupazione.

¹² — In mancanza di lavoratori, gli amministratori giudiziari si troverebbero nell'impossibilità di mantenere in tutto o in parte l'impresa in attività o di riportarla per intero alla redditività.

37. La disponibilità di un lavoratore subordinato a continuare a lavorare in un'impresa in difficoltà non dipende quindi dalla data in cui interviene l'«insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro» ai sensi dell'art. 3, n. 2, primo trattino, della direttiva 80/987, ma dal fatto che egli abbia trovato o meno un altro lavoro e dalle prospettive di risanamento dell'impresa.

38. Alla luce di quanto precede, non vedo quindi alcuna ragione di discostarsi dalla citata giurisprudenza Bonifaci e a. e Berto e a., e Maso e a..

39. Propongo quindi che si risolvano la prima e la quarta questione sollevate dal giudice a quo come proposto dalla Commissione, vale a dire nel modo seguente:

«la nozione dell'«insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro» utilizzata agli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva 80/987 dev'essere interpretata nel senso che designa la data in cui viene depositata la domanda di apertura del procedimento di soddisfacimento collettivo dei creditori. Gli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva 80/987 ostano, quindi, ad una disposizione di diritto nazionale come l'art. 183, n. 1, del SGB III, se tale norma fissa come data determinante per il calcolo dei periodi di riferimento la data della decisione dell'Amtsgericht relativa alla domanda di apertura del procedimento per insolvenza».

Sulla seconda questione pregiudiziale

40. Con la sua seconda questione pregiudiziale, il giudice a quo chiede se la Repubblica federale di Germania abbia effettivamente limitato, in forza dell'art. 4 della direttiva 80/987, l'obbligo di pagamento della Bundesanstalt für Arbeit.

41. Il giudice a quo spiega che, a suo parere, il legislatore tedesco non ha scelto alcuna delle date indicate all'art. 3, n. 2, della direttiva 80/987. Ne risulta, secondo tale giudice, un obbligo di pagamento illimitato in quanto la Repubblica federale di Germania non l'avrebbe limitato conformemente alle prescrizioni della direttiva 80/987.

42. A tale riguardo la Commissione osserva, secondo me giustamente, che tale questione non è pertinente alla soluzione della causa principale, dato che la domanda della sig.ra Mau relativa all'indennità d'insolvenza non riguarda un periodo illimitato ma un periodo di tre mesi — dal 1° ottobre 1999 al 31 dicembre 1999 — che, quanto alla sua durata, corrisponde al periodo previsto dalla normativa tedesca.

43. Sono quindi del parere che non sia necessario risolvere la seconda questione.

44. Desidero solamente aggiungere, facendo riferimento alla soluzione della prima e della quarta questione, che la Repubblica federale di Germania era legittimata, a mio parere, a concedere ai lavoratori una garanzia più elevata di quella minima prevista dall'art. 4, n. 2, della direttiva prevedendo un periodo di riferimento di tre mesi ma senza collocarlo entro un periodo di sei mesi precedenti la data dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro. Sul tale punto la Repubblica federale di Germania ha quindi, secondo me, correttamente trasposto l'art. 4, n. 2, della direttiva 80/987.

Sulla terza questione pregiudiziale

45. La terza questione è così formulata:

«Se la Repubblica federale di Germania sia tenuta al risarcimento del danno nei confronti dell'attrice per trasposizione scorretta della direttiva».

46. Il giudice nazionale fa riferimento, al tale riguardo, alla giurisprudenza della Corte in Francovich e a.¹³

¹³ — Sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e a. (Racc. pag. I-5357).

47. Il governo tedesco si limita essenzialmente ad affermare che la questione non è pertinente dal momento che, a suo parere, la Repubblica federale di Germania ha correttamente trasposto la direttiva 80/987.

48. Sono, tuttavia, del parere che la questione meriti un'analisi più approfondita.

49. Sono appena giunto alla conclusione, a proposito della prima e della quarta questione, che la direttiva osta al fatto che uno Stato membro prenda in considerazione come data determinante per il calcolo dei periodi di riferimento la data della decisione dell'Amtsgericht relativa all'apertura del procedimento per insolvenza e non la data della domanda di apertura di tale procedimento.

50. Come osserva giustamente la Commissione, spetta, quindi, al giudice nazionale verificare, innanzi tutto, se sia possibile un'interpretazione della normativa tedesca conforme al diritto comunitario secondo il proprio ordinamento giuridico nazionale.

51. Al punto 20 della sentenza 16 dicembre 1993, *Wagner Miret*¹⁴, la Corte ha infatti

affermato che «si deve ricordare che qualsiasi giudice nazionale, allorché interpreta e applica il diritto nazionale, deve presumere che lo Stato abbia avuto intenzione di adempiere pienamente gli obblighi derivanti dalla direttiva considerata. Come ha dichiarato la Corte nella sentenza 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing* (Racc. pag. I-4135, punto 8 della motivazione), nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato».

52. Se il giudice a quo dovesse riscontrare l'impossibilità di un'interpretazione conforme alla direttiva 80/987, gli spetterà poi, come suggerisce la Commissione, esaminare, alla luce dell'art. 249 CE e della giurisprudenza della Corte¹⁵, se non sia possibile l'applicazione diretta della direttiva 80/987 prescindendo dalle disposizioni nazionali.

53. A tale proposito la Commissione presenta, in sunto, le osservazioni che seguono, con le quali concordo pienamente: «(...) [la]

14 — Causa C-334/92 (Racc. pag. I-6911).

15 — Sentenze 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti* (Racc. pag. 1629, punti 20-24), e *Francovich e a.*, citata (punti 11 e 25-27).

Germania non si è conformata alle prescrizioni della direttiva quando essa ha fatto uso del margine di discrezionalità accordato agli Stati membri dagli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, e (...) essa non garantisce la piena efficacia dei diritti conferiti dalla direttiva ai lavoratori subordinati, come dimostra il caso dell'attrice.

dinanza di rinvio risulta che l'attrice ha chiesto un'indennità d'insolvenza per il periodo 1° dicembre - 31 dicembre 1999. Questo escluderebbe quindi i giorni dal 27 al 31 dicembre, poiché i diritti salariali successivi all'insorgenza dell'insolvenza (determinata qui dalla domanda di apertura del procedimento per insolvenza) non sono tutelati dalla direttiva.

Se si decidesse di pronunciarsi in favore dell'applicabilità diretta della direttiva, il giudice dovrebbe quindi astenersi dall'applicare le disposizioni nazionali dell'art. 183, n. 1, del SGB III contrarie alla direttiva, e fondare la sua decisione sulle norme che discendono direttamente dalla direttiva.

All'applicabilità diretta della direttiva si può tuttavia opporre, nella fattispecie, il fatto che questa annullerebbe il margine discrezionale riservato alla Germania.

Quanto alla causa di cui trattasi, se si ammette l'applicabilità diretta della direttiva, questo potrebbe significare che invece di un periodo di riferimento che va dal 23 marzo al 22 giugno 2000, sono i tre mesi precedenti la data della domanda di apertura del procedimento per insolvenza (il 27 dicembre 1999), quindi il periodo 27 settembre - 26 dicembre 1999, che determineranno l'obbligo di garanzia. Dato che durante tale periodo l'attrice nella causa principale era in congedo per maternità, la prestazione di garanzia dovrebbe rappresentare la differenza tra l'assegno giornaliero di maternità e la retribuzione convenuta nel contratto di lavoro. Dall'or-

Il legislatore tedesco ha apparentemente optato per la prima ipotesi dell'art. 3, n. 2, della direttiva, ma, come si è già visto, a condizioni e secondo modalità incompatibili con il diritto comunitario. Una modifica della normativa si rivela quindi necessaria (sempre supponendo l'impossibilità di un'interpretazione conforme alla direttiva). In circostanze di tale genere il legislatore tedesco può perfettamente scegliere una delle altre possibilità — per il futuro — e non è legato alla sua scelta precedente basata su opzioni che si sono rivelate impossibili».

54. Per tali ragioni io ritengo, come la Commissione, che si debba scartare l'idea di un'applicabilità diretta della direttiva 80/987.

55. Occorre quindi da ultimo esaminare se il giudice nazionale possa fondarsi sui principi formulati dalla Corte circa la responsabilità dello Stato, per garantire quanto meno al lavoratore interessato una compensazione sotto forma di risarcimento dei danni.

56. A tale proposito è lo stesso giudice nazionale a richiamare la giurisprudenza consolidata della Corte relativa alla responsabilità degli Stati membri in caso di violazione del diritto comunitario¹⁶.

57. In concreto la Commissione rileva, correttamente e nei seguenti termini, gli elementi che possono essere utili in vista della valutazione cui procederà il giudice nazionale:

«— Nella sua sentenza *Francovich I* la Corte ha constatato che lo scopo della direttiva 80/987/CEE era quello di conferire ai lavoratori subordinati il diritto ad una garanzia per il pagamento di loro diritti retributivi non pagati e che il contenuto di tale diritto poteva essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva¹⁷.

— Se, prima delle sentenze [*Bonifaci e a. e Berto e a.*, citata, e *Maso e a.*, citata], era quasi impossibile presumere una responsabilità degli Stati membri a norma degli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva, la cui formulazione necessitava ancora un'interpretazione, dalla pronuncia di tali sentenze in poi esiste un'interpretazione chiara e non equivoca delle disposizioni controverse degli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva, e le disposizioni dell'art. 183, n. 1, del SGB III sono, almeno in parte, incompatibili con essa.

Vero è che il legislatore tedesco ha adottato il SGB III il 24 marzo 1997 e che questo è entrato in vigore il 1° gennaio 1998¹⁸, vale a dire prima della pronuncia di tali sentenze. Tuttavia, nell'intervallo di tempo trascorso prima della data controversa, il legislatore tedesco ha già modificato 17 volte il SGB III (per un totale di 27 volte fino ad oggi). Il legislatore avrebbe quindi avuto sufficienti occasioni per adattare le disposizioni tedesche all'interpretazione fornita dalla Corte agli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva. D'altro canto il problema della conformità dell'art. 183, n. 1, del SGB III è stato oggetto di discus-

16 — V., in particolare, sentenze *Francovich e a.*, citata; 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame* (Racc. pag. I-1029); 26 marzo 1996, causa C-392/93, *British Telecommunications* (Racc. pag. I-1631); *Bonifaci e a. e Berto e a.*, citate; 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, *Dillenkofer e a.* (Racc. pag. I-4845), e 28 giugno 2001, causa C-118/00, *Larsy* (Racc. pag. I-5063).

17 — Sentenza *Francovich e a.*, citata, punto 44.

18 — In deroga a tale data le disposizioni sull'indennità d'insolvenza sono divenute applicabili solo il 1° gennaio 1999 in forza dell'art. 430, n. 5, del SGB III, poiché le disposizioni dell'art. 141b AFG hanno continuato ad essere applicabili ai casi di insolvenza sopravvenuti prima del 1° gennaio 1999.

sione in Germania, il che indica che era sufficientemente conosciuto¹⁹.

possibilità di interpretare le disposizioni nazionali conformemente alla direttiva.

- Esiste un nesso di causalità diretto tra il fatto che l'art. 183, n. 1, del SGB III non è stato conformato al diritto comunitario ed il danno subito dall'attrice nella causa principale (rappresentato da un'indennità d'insolvenza pari alla differenza tra uno stipendio mensile lordo di DEM 3 200 e l'assegno giornaliero di maternità di DEM 25), perché, se la normativa fosse stata conforme alla direttiva, il periodo di riferimento avrebbe coinciso pressoché interamente con il periodo oggetto del reclamo.

Se ciò non è possibile, si può solo ipotizzare, in conformità dei principi individuati dalla Corte, una responsabilità dello Stato membro fondata sulla scorretta trasposizione di una disposizione di direttiva che conferisce diritti ai singoli, in quanto il margine di discrezionalità lasciato al legislatore nazionale dagli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva 80/987 rende l'applicazione diretta di tali disposizioni impossibile anche qualora tale legislatore abbia scelto, in un primo tempo, una soluzione che comporta una violazione del diritto comunitario.

La valutazione definitiva di tali elementi spetta tuttavia ai giudici tedeschi».

Il rifiuto, per molti anni, di conformare una disposizione di diritto nazionale che trasponesse gli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva 80/987 ad un'interpretazione non equivoca di tali disposizioni fornita dalla Corte costituisce una violazione sufficientemente grave del diritto comunitario».

58. Come la Commissione, propongo, quindi, di risolvere così la terza questione pregiudiziale:

«Tenuto conto della soluzione data [alla prima e alla quarta questione pregiudiziale], spetta al giudice nazionale verificare la

Sulla quinta e sulla sesta questione pregiudiziale

¹⁹ — V., Peters-Lange, in *Gagel, Kommentar zum SGB III*, marzo 2001, art. 183, annotazioni 2-4 e 84 con altri rinvii.

59. È a mio parere opportuno che tali questioni siano trattate congiuntamente.

60. Risulta, infatti, dalle spiegazioni che il giudice a quo fornisce a proposito della sesta questione che la sig.ra Mau potrebbe aver diritto ad un'indennità d'insolvenza, non solo se si adotta come data dell'«insorgere dell'insolvenza» la data della domanda di apertura del procedimento per insolvenza invece di quella della decisione relativa a tale domanda, ma anche se la data a partire dalla quale il periodo di riferimento dev'essere calcolato retroattivamente fosse stata spostata al giorno precedente l'inizio del congedo parentale.

61. Il giudice a quo ritiene che dovrebbe essere così. Più in particolare a suo parere «[q]uesto presenterebbe il vantaggio, rispetto alla presa in considerazione della data della domanda di apertura del procedimento per insolvenza, di evitare in ogni caso discriminazioni contrarie all'art. 141 CE». È, più in particolare, nel contesto della quinta questione che il giudice a quo spiega che la soluzione scelta dal legislatore tedesco è, a suo parere, contraria all'art. 141 CE.

62. Del resto è stato confermato in udienza che il problema dell'attrice trova principalmente la sua origine nel fatto che, come ha affermato il legale della sig.ra Mau, normative specifiche di politica familiare («familienspezifische Regelungen»), come il

congedo parentale, «non sono neutralizzate» al momento della definizione del periodo di riferimento.

63. Risulta, difatti, dalla normativa tedesca, che non si ha diritto ad un'indennità d'insolvenza quando il periodo di riferimento coincide con un periodo di congedo parentale. Nel corso di un tale periodo, il rapporto di lavoro è, certo, mantenuto ma gli obblighi sinallagmatici del datore di lavoro e del lavoratore subordinato (prestazione lavorativa dietro retribuzione) sono sospesi. Si è allora in presenza di un rapporto di lavoro «in quiescenza» («ruhendendes Arbeitsverhältnis»).

64. Tenendo conto di quanto precede, mi sembra quindi che, con la quinta e la sesta questione, il giudice a quo chieda, in sostanza, se la nozione di «rapporto di lavoro» che figura all'art. 4, n. 2, della direttiva 80/987 debba, alla luce dell'art. 141 CE, essere interpretata nel senso che da tale nozione è escluso il periodo nel corso del quale tale rapporto è sospeso («ruhendendes Arbeitsverhältnis») a causa del congedo parentale.

65. Vero è, come osserva correttamente la Commissione, che, nella presente causa, tale questione è ipotetica.

66. La questione se, determinando il periodo di riferimento, si debba «neutrazzare» il periodo di congedo parentale si pone in concreto solo se il periodo di congedo parentale coincide con tale periodo di riferimento. Ora, nella fattispecie, sarebbe così solamente se si calcolasse il periodo di riferimento retroattivamente a decorrere dalla data della decisione di rigetto della domanda di insolvenza, adottata il 23 giugno 2000.

67. Risulta, tuttavia, dalla mia proposta di soluzione alla prima e alla quarta questione che il periodo di riferimento dev'essere calcolato retroattivamente a partire dalla data della domanda di apertura del procedimento per insolvenza, presentata, nella fattispecie, il 27 dicembre 1999. Da ciò risulta che, nella fattispecie, non esiste alcuna coincidenza tra il periodo di riferimento ed il periodo di congedo parentale, che è iniziato solo il 30 dicembre 1999.

68. La soluzione della quinta e della sesta questione pregiudiziale può quindi avere solo carattere subordinato. Vista la sua importanza in via di principio, sono comunque del parere che una risposta sia necessaria.

69. Secondo i termini del primo 'considerando' della direttiva «sono necessarie

disposizioni per tutelare i lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, in particolare per *garantire loro il pagamento dei diritti non pagati*»²⁰.

70. Ai sensi dell'art. 1, la direttiva «*si applica ai diritti dei lavoratori subordinati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro ed esistenti nei confronti dei datori di lavoro che si trovano in stato di insolvenza ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1*»²⁰.

71. L'art. 3, n. 1, dispone che «[g]li Stati membri adottano le misure necessarie affinché gli organismi di garanzia *assicurino*, fatto salvo l'articolo 4, il *pagamento dei diritti non pagati* dei lavoratori subordinati, risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e relativi alla *retribuzione* del periodo situato prima di una data determinata»²⁰.

72. Tali testi assumono quindi come ipotesi di partenza l'esistenza, in capo ad un lavoratore, di un «diritto non pagato». Ne risulta che il periodo da prendere in considerazione può essere, *per definizione*, solo

20 — Il corsivo è mio.

un periodo nel corso del quale una retribuzione era dovuta ma non è stata pagata.

73. Uno Stato membro non può, quindi, seguire il cammino inverso definendo innanzi tutto un periodo da fissare, e verificando poi se, nel corso di tale periodo, una retribuzione fosse o meno dovuta, escludendo nel contempo i periodi precedenti nel corso dei quali una retribuzione era incontestabilmente dovuta e non è stata pagata. Se si accettasse tale metodo, è tutto l'effetto utile della direttiva 80/987 che potrebbe essere messo in discussione.

74. La finalità della direttiva 80/987 è stata, del resto, messa in evidenza nella sentenza della Corte Regeling²¹ che concerneva, in particolare, l'art. 4 della direttiva 80/987. Al punto 20 di tale sentenza la Corte ha dichiarato quanto segue:

«Al riguardo, si deve rilevare che, in linea di principio, a norma dell'art. 3, n. 1, della direttiva, gli organismi di garanzia sono tenuti a garantire il pagamento dei crediti insoluti relativi alla retribuzione del periodo precedente una data determinata. Soltanto eccezionalmente gli Stati membri hanno la facoltà, in forza dell'art. 4, n. 1, di limitare tale obbligo di pagamento a un determinato periodo, fissato secondo le modalità di cui all'art. 4, n. 2. Come al

paragrafo 45 delle sue conclusioni sottolinea l'avvocato generale, tale disposizione dev'essere interpretata restrittivamente e in senso conforme all'obiettivo previdenziale della direttiva, consistente nel garantire un minimo di tutela a tutti i lavoratori»²².

75. Tenendo conto di tale finalità della direttiva 80/987 e, più in particolare, del suo art. 4, che consente, certamente, agli Stati membri di limitare l'obbligo di pagamento degli organismi di garanzia ma che prevede, allo stesso tempo, alcune garanzie minime, non mi sembra possibile interpretare la nozione di «rapporto di lavoro» che figura in tale disposizione in modo da giungere ad azzerare le garanzie minime previste dall'art. 4, n. 2, della direttiva 80/987.

76. Ora, è proprio quanto avviene nel caso di una normativa nazionale che fa coincidere «gli ultimi tre mesi del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro» ai sensi dell'art. 4, n. 1, primo trattino, con un periodo durante il quale il rapporto di lavoro era sospeso e non era dovuta alcuna retribuzione.

77. Occorre quindi interpretare la nozione di «rapporto di lavoro» che figura all'art. 4,

21 — Sentenza 14 luglio 1998, causa C-125/97 (Racc. pag. I-4493).

22 — Il corsivo è mio.

n. 2, della direttiva 80/987 nel senso che da essa va escluso «un rapporto di lavoro sospeso» («ein ruhendes Arbeitsverhältnis») che, per sua stessa natura, non ha potuto dare luogo a diritti salariali non pagati.

80. Dato che la soluzione che propongo deriva direttamente dal testo e dalla finalità della direttiva 80/987, non è necessario, contrariamente a quanto ritiene il giudice a quo nella sua quinta questione, ricorrere all'art. 141 CE, relativo alla parità di trattamento tra lavoratori di sesso femminile e lavoratori di sesso maschile per giungere alla medesima conclusione.

78. Tale interpretazione non è neppure in contrasto con l'art. 2, n. 2, della direttiva 80/987. Ai sensi di quest'ultimo, «[l]a presente direttiva non pregiudica il diritto nazionale per quanto riguarda la definizione dei termini "lavoratore subordinato", "datore di lavoro", "retribuzione", "diritto maturato" e "diritto in corso di maturazione"».

81. Comunque, come giustamente osservato dal governo tedesco e dalla Commissione all'udienza, il congedo parentale non è aperto esclusivamente alle donne. Anche un uomo potrebbe trovarsi di fronte allo stesso svantaggio di cui è vittima la sig.ra Mau.

79. Infatti i termini «rapporto di lavoro» non figurano tra i termini ripresi all'art. 2, n. 2, della direttiva 80/987. Di conseguenza, come risulta dalla citata sentenza Regeling, i termini «rapporto di lavoro», come i termini «diritti non pagati relativi alla retribuzione degli ultimi tre mesi» di cui si trattava in tale sentenza, «aventi ad oggetto la determinazione stessa della garanzia comunitaria minima devono essere interpretati uniformemente allo scopo di non privare d'efficacia l'armonizzazione, anche parziale, perseguita sul piano comunitario»²³.

82. Propongo quindi di risolvere così la sesta questione: la nozione di «rapporto di lavoro» che figura all'art. 4, n. 2, della direttiva 80/987 dev'essere interpretata nel senso che essa non può ricomprendere un periodo nel corso del quale il lavoratore non aveva diritto ad una retribuzione in quanto il rapporto di lavoro era sospeso («ruhendes Arbeitsverhältnis») per congedo parentale.

23 — Sentenza Regeling, citata, punto 19.

V — Conclusione

83. Alla luce delle precedenti considerazioni, propongo le soluzioni che seguono alle questioni sollevate dal giudice a quo:

Prima e quarta questione

«La nozione dell'“insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro” utilizzata agli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, dev'essere interpretata nel senso che designa la data in cui viene depositata la domanda di apertura del procedimento di soddisfacimento collettivo dei creditori. Gli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della detta direttiva ostano, quindi, ad una disposizione di diritto nazionale come l'art. 183, n. 1, del Sozialgesetzbuch III (codice sociale tedesco, III parte), se tale norma fissa come data determinante per il calcolo dei periodi di riferimento la data della decisione dell'Amtsgericht relativa alla domanda di apertura del procedimento per insolvenza».

Seconda questione

«Non è necessario risolvere tale questione».

Terza questione

«Tenuto conto della soluzione data alla prima ed alla quarta questione pregiudiziale, spetta al giudice nazionale verificare la possibilità di interpretare le disposizioni nazionali conformemente alla direttiva 80/987.

Se ciò non è possibile, si può solo ipotizzare, in conformità dei principi individuati dalla Corte, una responsabilità dello Stato membro, fondata sulla scorretta trasposizione di una disposizione di direttiva che conferisce diritti ai singoli, in quanto il margine di discrezionalità lasciato al legislatore nazionale dagli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva 80/987 rende l'applicazione diretta di tali disposizioni impossibile anche qualora tale legislatore abbia scelto, in un primo tempo, una soluzione che comporta una violazione del diritto comunitario.

Il rifiuto per molti anni di conformare una disposizione di diritto nazionale che traspone gli artt. 3, n. 2, e 4, n. 2, della direttiva 80/987 ad un'interpretazione non equivoca di tali disposizioni fornita dalla Corte costituisce una violazione sufficientemente grave del diritto comunitario».

Quinta e sesta questione

«La nozione di “rapporto di lavoro” che figura all'art. 4, n. 2, della direttiva 80/987 dev'essere interpretata nel senso che è escluso da tale nozione il periodo nel corso del quale tale rapporto è sospeso (“*ruhendes Arbeitsverhältnis*”) per congedo parentale».