



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

JEAN RICHARD DE LA TOUR

presentate il 7 dicembre 2023¹

Causa C-706/22

Konzernbetriebsrat der O SE & Co KG

con l'intervento di

Vorstand der O Holding SE

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro, Germania)]

«Rinvio pregiudiziale – Società europea – Regolamento (CE) n. 2157/2001 – Articolo 12, paragrafo 2 – Coinvolgimento dei lavoratori – Subordinazione dell'iscrizione della società europea al previo svolgimento della procedura di negoziazione sul coinvolgimento dei lavoratori di cui alla direttiva 2001/86/CE – Società europea costituita e registrata senza lavoratori divenuta la società madre di affiliate che impiegano lavoratori – Insussistenza dell'obbligo di avviare ex post la procedura di negoziazione – Divieto di sviamento delle procedure di costituzione di una società europea al fine di privare i lavoratori dei diritti in materia di coinvolgimento»

I. Introduzione

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione dell'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE)², in combinato disposto con gli articoli da 3 a 7 della direttiva 2001/86/CE del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori³.

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il Konzernbetriebsrat der O SE & Co. KG (comitato aziendale della società O SE & Co. KG; in prosieguo: il «comitato aziendale del gruppo O KG») e il Vorstand der O Holding SE (consiglio di amministrazione della O Holding SE), in merito a una domanda di istituzione di una delegazione speciale di negoziazione (in prosieguo: la «DSN») ai fini dell'avvio ex post di una procedura di negoziazione sul coinvolgimento dei lavoratori di cui agli articoli da 3 a 7 della direttiva 2001/86.

¹ Lingua originale: il francese.

² GU 2001, L 294, pag. 1.

³ GU 2001, L 294, pag. 22.

3. La direttiva 2001/86 costituisce il risultato di più di 30 anni di negoziati, dal momento che il primo progetto di istituzione di una società europea (SE), tramite un regolamento, è stato proposto dalla Commissione europea nel 1970⁴. I negoziati si sono a lungo arenati su due punti: la struttura dualistica o monistica della società e il coinvolgimento dei lavoratori⁵, tale coinvolgimento è definito come qualsiasi meccanismo, ivi comprese l'informazione, la consultazione e la partecipazione, mediante il quale i rappresentanti dei lavoratori possono esercitare un'influenza sulle decisioni che devono essere adottate nell'ambito della società⁶.

4. Il progetto di regolamento relativo alla creazione di una SE è stato scisso in due proposte della Commissione presentate il 25 agosto 1989: una, di regolamento relativo allo statuto della SE⁷ e, l'altra, di direttiva che completa lo statuto della SE relativamente al ruolo dei lavoratori⁸. Nella proposta di regolamento è stata prevista la possibilità di costituire una SE holding per talune società per azioni soggette alla legge di almeno due Stati membri o aventi da almeno due anni un'affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro⁹.

5. In seguito, nel corso dei negoziati, il principio «prima/dopo»¹⁰, presentato come la presa in considerazione, nell'ambito della nuova SE, dei diritti di coinvolgimento esistenti nelle società partecipanti alla costituzione della SE, ha permesso di far emergere le basi per un compromesso nel 1998¹¹. Tale proposta centrale ha portato al compromesso, accettato all'unanimità in seguito al cambiamento della base giuridica della direttiva 2001/86.

6. Orbene, è emerso molto rapidamente che la maggior parte delle SE costituite in taluni Stati membri erano SE senza lavoratori e che avevano potuto essere iscritte senza aver previamente avviato i negoziati con la DSN previsti dall'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento n. 2157/2001.

7. Tuttavia, visto il numero significativo di SE senza lavoratori iscritte nei registri senza previe negoziazioni sul coinvolgimento dei lavoratori¹², si pone la questione se sia opportuno consentire o imporre siffatte negoziazioni ex post e stabilire il termine entro il quale esse potrebbero essere avviate dopo l'iscrizione della SE.

8. Nelle presenti conclusioni proporrò alla Corte di dichiarare che la direttiva 2001/86 non impone l'avvio di negoziazioni ex post, ma lo consente in caso di abuso.

⁴ V. considerando 9 del regolamento n. 2157/2001.

⁵ V. relazione finale del gruppo di esperti «Sistemi europei di coinvolgimento dei lavoratori» del maggio 1997 (Relazione Davignon) (C4-0455/97), punto 9: «Nonostante gli sforzi profusi per avvicinare le posizioni degli uni e degli altri (da un lato, “nessuna società europea senza partecipazione”, dall'altro, “no all'esportazione dei modelli nazionali di partecipazione”), si è creata una situazione di stallo».

⁶ V. articolo 2, lettera h), della direttiva 2001/86.

⁷ V. proposta di regolamento (CEE) del Consiglio relativo allo statuto della società europea [COM(89) 268 def. – SYN 218].

⁸ V. proposta di direttiva del Consiglio che completa lo statuto della società europea relativamente al ruolo dei lavoratori [COM(89) 268 def. – SYN 219].

⁹ V. articolo 2, paragrafo 1, di tale proposta di regolamento, ora articolo 2, paragrafo 2, del regolamento n. 2157/2001.

¹⁰ V. considerando 18 della direttiva 2001/86.

¹¹ V. progetto di processo verbale della 2102ª sessione del Consiglio (Lavoro e affari sociali), tenutasi a Lussemburgo il 4 giugno 1998 (8717/98), disponibile al seguente indirizzo Internet: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8717-1998-INIT/it/pdf>, pag. 7.

¹² Nel 2017, delle 2 695 SE iscritte, vi erano 450 SE con un'attività effettiva e che impiegavano più di cinque lavoratori, tenendo presente che per un certo numero di SE iscritte i dati non sono accessibili [v. documento di lavoro di Waddington, J., e Conchon, A., dal titolo «Is Europeanised board-level employee representation specific? The case of European Companies (SEs)», The European Trade Union Institute, Bruxelles, 2017, pag. 7].

II. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Regolamento n. 2157/2001

9. I considerando 1 e 21 del regolamento n. 2157/2001 così recitano:

«(1) Il completamento del mercato interno ed il miglioramento della situazione economica e sociale in tutta [l'Unione europea] che esso promuove presuppongono, oltre all'eliminazione degli ostacoli agli scambi, una ristrutturazione dei fattori produttivi in dimensioni adeguate a quelle del[l'Unione]. A questo scopo è indispensabile che le imprese la cui attività non è limitata al soddisfacimento di esigenze puramente locali possano progettare e attuare la riorganizzazione delle loro attività su scala [europea].

(...)

(21) La direttiva [2001/86] è intesa ad assicurare il diritto di coinvolgimento dei lavoratori per quanto riguarda i problemi e le decisioni che incidono sulla vita della SE. Le altre questioni inerenti al diritto sociale e al diritto del lavoro, in particolare il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori organizzato negli Stati membri, sono disciplinate dalle disposizioni nazionali applicabili, alle medesime condizioni, alle società per azioni».

10. L'articolo 1, paragrafi 1 e 4, di tale regolamento così dispone:

«1. Nel territorio [dell'Unione] possono essere costituite società in forma di [SE], nell'osservanza delle condizioni e modalità previste dal presente regolamento.

(...)

4. Il coinvolgimento dei lavoratori in una SE è disciplinato dalle disposizioni contenute nella direttiva [2001/86]».

11. L'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), di detto regolamento stabilisce quanto segue:

«Le società per azioni e le società a responsabilità limitata indicate nell'allegato II, costituite conformemente alla legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nel[l'Unione], possono promuovere la costituzione di una SE holding se almeno due di esse:

a) sono soggette alla legge di Stati membri differenti (...)

12. L'articolo 8, paragrafi 1, 14 e 16 del regolamento n. 2157/2001 così recita:

«1. La sede sociale della SE può essere trasferita in un altro Stato membro (...). Il trasferimento non dà luogo a scioglimento né alla costituzione di una nuova persona giuridica.

(...)

14. La legge di uno Stato membro può prevedere, per le SE registrate in quest'ultimo, che un trasferimento di sede sociale che comporti un cambiamento della legge applicabile non abbia effetto se un'autorità competente dello Stato suddetto vi fa opposizione nel termine di due mesi (...)

(...)

16. Una SE che abbia trasferito la sede sociale in un altro Stato membro è considerata, rispetto a qualsiasi controversia anteriore al trasferimento (...), come avente la sede sociale nello Stato membro in cui la SE era iscritta prima del trasferimento, anche se essa è chiamata in giudizio dopo quest'ultimo».

13. Ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera c), di tale regolamento:

«La SE è disciplinata:

(...)

c) per le materie non disciplinate dal presente regolamento o, qualora una materia lo sia parzialmente, per gli aspetti ai quali non si applica il presente regolamento:

(...)

ii) dalle disposizioni di legge degli Stati membri che si applicherebbero ad una società per azioni costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale;

(...)».

14. L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, di detto regolamento così dispone:

«1. Ogni SE è soggetta all'obbligo di iscrizione, nello Stato membro della sede, in un registro designato dalla legge di tale Stato (...).

2. L'iscrizione di una SE può aver luogo soltanto previa conclusione di un accordo sulle modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori ai sensi dell'articolo 4 della direttiva [2001/86] ovvero soltanto previa decisione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 6 di tale direttiva, oppure se, trascorso il periodo previsto per i negoziati ai sensi dell'articolo 5 di detta direttiva, non è stato concluso un accordo».

2. Direttiva 2001/86

15. I considerando 3, 7 e 18 della direttiva 2001/86 così recitano:

«(3) Allo scopo di promuovere gli obiettivi sociali dell'[Unione], occorre stabilire disposizioni specifiche, segnatamente nel settore del coinvolgimento dei lavoratori, per garantire che la costituzione di una SE non comporti la scomparsa o la riduzione delle prassi del coinvolgimento dei lavoratori esistenti nelle società partecipanti alla costituzione di una SE. L'obiettivo dovrebbe essere perseguito emanando disposizioni nel settore suddetto, a complemento delle disposizioni contemplate nel regolamento [n. 2157/2001].

(...)

- (7) I diritti di partecipazione, qualora essi esistano in una o più società che costituiscono una SE, dovrebbero essere mantenuti trasferendoli alla SE, una volta costituita, a meno che le parti decidano diversamente.

(...)

- (18) La garanzia dei diritti acquisiti dei lavoratori in materia di coinvolgimento nel processo decisionale delle società è un principio fondamentale e l'obiettivo esplicito della presente direttiva. I diritti dei lavoratori acquisiti prima della costituzione delle SE sono inoltre alla base dell'elaborazione dei diritti di coinvolgimento degli stessi nella SE (principio "prima/dopo"). Tale approccio si applica pertanto non solo alla costituzione di nuove società europee ma anche alle modifiche strutturali apportate a SE già esistenti e alle società interessate da processi di modifiche strutturali».

16. Ai sensi dell'articolo 1 di tale direttiva:

«1. La presente direttiva disciplina il coinvolgimento dei lavoratori nelle attività delle [SE], di cui al regolamento [n. 2157/2001].

2. A tal fine sono stabilite modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori in ciascuna SE, conformemente alla procedura di negoziazione di cui agli articoli da 3 a 6 o, nelle circostanze di cui all'articolo 7, a quella prevista nell'allegato».

17. L'articolo 2, lettere b) e g), di detta direttiva definisce le società partecipanti come «le società partecipanti direttamente alla costituzione di una SE» e la DSN come «la delegazione istituita conformemente all'articolo 3 per negoziare con l'organo competente delle società partecipanti le modalità del coinvolgimento dei lavoratori nella SE».

18. L'articolo 3 della direttiva 2001/86, intitolato «Istituzione di una [DSN]», ai paragrafi 1, 2 e 6 così dispone:

«1. Quando gli organi di direzione o di amministrazione delle società partecipanti stabiliscono il progetto di costituzione di una SE, non appena possibile dopo la pubblicazione del progetto di fusione o creazione di una holding o dopo l'approvazione di un progetto di costituzione di un'affiliata o di trasformazione in una SE, essi prendono le iniziative necessarie, comprese le informazioni da fornire circa l'identità delle società partecipanti, delle affiliate o dipendenze interessate, e il numero dei loro lavoratori, per avviare una negoziazione con i rappresentanti dei lavoratori delle società sulle modalità del coinvolgimento dei lavoratori nella SE.

2. A tal fine è istituita una [DSN], rappresentativa dei lavoratori delle società partecipanti e delle affiliate o dipendenze interessate (...)

(...)

6. La [DSN] può decidere (...) di non aprire negoziati o di porre termine a negoziati in corso e di avvalersi delle norme in materia di informazione e consultazione dei lavoratori che vigono negli Stati membri in cui la SE annovera lavoratori. Tale decisione interrompe la procedura per la

conclusione dell'accordo menzionato all'articolo 4. Qualora venga presa tale decisione, non si applica nessuna delle disposizioni di cui all'allegato.

(...)

La [DSN] può nuovamente riunirsi su richiesta scritta di almeno il 10% dei lavoratori della SE, delle affiliate e dipendenze, o dei loro rappresentanti, non prima che siano trascorsi due anni dalla decisione anzidetta, a meno che le parti convengano di riaprire i negoziati ad una data anteriore. Se la [DSN] decide di riavviare i negoziati con la direzione, ma non è raggiunto alcun accordo, non si applica nessuna delle disposizioni di cui all'allegato».

19. L'articolo 7 di detta direttiva, intitolato «Disposizioni di riferimento», prevede, ai paragrafi 1 e 2:

«1. Al fine di assicurare la realizzazione dell'obiettivo indicato all'articolo 1, gli Stati membri stabiliscono (...) disposizioni di riferimento sul coinvolgimento dei lavoratori che soddisfino le disposizioni dell'allegato.

Le disposizioni di riferimento previste dalla legge dello Stato membro in cui deve situarsi la sede sociale della SE si applicano dalla data di iscrizione di quest'ultima:

- a) qualora le parti abbiano deciso in tal senso o
- b) qualora non sia stato concluso alcun accordo (...) e:
 - l'organo competente di ciascuna delle società partecipanti decida di accettare l'applicazione delle disposizioni di riferimento alla SE e di proseguire quindi con l'iscrizione della SE, e
 - la [DSN] non abbia preso la decisione di cui all'articolo 3, paragrafo 6.

2. Inoltre, le disposizioni di riferimento stabilite dalla legislazione dello Stato membro di iscrizione ai sensi della Parte terza dell'allegato si applicano soltanto qualora:

(...)

- c) nel caso di una SE costituita mediante creazione di una holding o costituzione di un'affiliata:
 - anteriormente all'iscrizione della SE, esista presso una o più delle sue società partecipanti una o più delle forme di partecipazione comprendente almeno il 50% del numero complessivo di lavoratori di tutte le società partecipanti; o
 - anteriormente all'iscrizione della SE, esista presso una o più delle sue società partecipanti una o più delle forme di partecipazione comprendente meno del 50% del numero complessivo di lavoratori di tutte le società partecipanti e la [DSN] decida in tal senso.

Se presso diverse società partecipanti esisteva più di una delle forme di partecipazione, la delegazione speciale di negoziazione decide quale di esse viene introdotta nella SE. Gli Stati membri possono stabilire disposizioni che si applicano qualora non sia stata presa alcuna decisione del genere per una SE iscritta nel loro territorio. La [DSN] informa l'organo

competente delle società partecipanti delle decisioni da essa adottate ai sensi del presente paragrafo».

20. Ai sensi dell'articolo 11 di detta direttiva, intitolato «Sviamento di procedura»:

«Gli Stati membri adottano le misure appropriate, conformemente alla normativa [dell'Unione], per impedire lo sviamento delle procedure di costituzione di una SE al fine di privare i lavoratori dei diritti in materia di coinvolgimento o di negare loro tali diritti».

21. L'articolo 12, paragrafo 2, della medesima direttiva così dispone:

«Gli Stati membri prevedono misure appropriate in caso di inosservanza delle disposizioni della presente direttiva; essi predispongono in particolare procedure amministrative o giudiziarie che permettano di imporre il rispetto degli obblighi derivanti dalla presente direttiva».

B. Diritto tedesco

22. La direttiva 2001/86 è stata trasposta nel diritto tedesco dal Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (legge che disciplina il coinvolgimento dei lavoratori in una società europea)¹³ del 22 dicembre 2004.

23. L'articolo 18 di tale legge, intitolato «Ripresa dei negoziati», prevede al paragrafo 3, quanto segue:

«Qualora siano previste modifiche strutturali della SE che possano ridurre i diritti di coinvolgimento dei lavoratori, negoziati sui diritti di coinvolgimento dei lavoratori nella SE si svolgono su iniziativa della direzione o del comitato aziendale della SE. Anziché dalla [DSN] che deve essere istituita ex novo, i negoziati, con la direzione della SE, possono essere svolti di comune accordo dal comitato aziendale della SE e dai rappresentanti dei lavoratori interessati dalla modifica strutturale proposta, che non erano sino a quel momento rappresentati dal comitato aziendale della SE. In caso di mancato accordo all'esito di tali negoziati, si applicano ex lege gli articoli da 22 a 33 relativi al comitato aziendale della SE e gli articoli da 34 a 38 in materia di gestione».

24. L'articolo 43 di detta legge così dispone:

«Una SE non deve essere utilizzata in modo abusivo ai fini di sottrarre o negare ai lavoratori i diritti di coinvolgimento. Sussiste una presunzione di abuso se, in assenza di una procedura a norma dell'articolo 18, paragrafo 3, vengano effettuate, nel corso dell'anno successivo alla costituzione della SE, modifiche strutturali aventi l'effetto di revocare o di negare ai lavoratori i diritti di coinvolgimento».

¹³ BGBl. 2004 I, pag. 3675.

III. Fatti del procedimento principale e questioni pregiudiziali

25. Il 28 marzo 2013 la società O Holding SE, costituita, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, del regolamento n. 2157/2001, dalla O Ltd e dalla O GmbH, due società senza lavoratori, prive di affiliate con lavoratori e stabilite rispettivamente nel Regno Unito e in Germania, è stata iscritta nel registro per l'Inghilterra e il Galles, senza che i negoziati sul coinvolgimento dei lavoratori, previsti agli articoli da 3 a 7 della direttiva 2001/86, abbiano avuto luogo.

26. Il giorno successivo, il 29 marzo 2013, la O Holding SE è diventata il socio unico della O Holding GmbH, società con sede legale ad Amburgo (Germania) e un consiglio di sorveglianza composto per un terzo da rappresentanti dei lavoratori. Poiché il 14 giugno 2013 la O Holding SE decideva di trasformare la O Holding GmbH in una società in accomandita semplice, denominata O KG, il cambiamento di forma giuridica veniva iscritto nel registro il 2 settembre 2013 e, a partire da tale data, la partecipazione dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza veniva meno.

27. Mentre la O KG impiega circa 816 lavoratori e dispone di affiliate in diversi Stati membri che impiegano un totale di circa 2 200 lavoratori, le sue società collegate (la O Holding SE, socio accomandante, e la società O Management SE, socio accomandatario, registrata ad Amburgo, il cui azionista unico è la O Holding SE) non impiegano alcun lavoratore.

28. La O Holding SE trasferiva la propria sede legale ad Amburgo con effetto dal 4 ottobre 2017.

29. Il comitato aziendale del gruppo O KG, ritenendo che la direzione della O Holding SE dovesse costituire una DSN a posteriori poiché disponeva di affiliate ai sensi dell'articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/86, le quali impiegavano lavoratori in diversi Stati membri, ha avviato un procedimento contenzioso in materia di diritto del lavoro. La direzione della O Holding SE si è opposta a tale domanda.

30. A seguito del rigetto della domanda del comitato aziendale del Gruppo O KG da parte dell'Arbeitsgericht Hamburg (Tribunale del lavoro di Amburgo, Germania), confermato dal Landesarbeitsgericht Hamburg (Tribunale superiore del lavoro di Amburgo, Germania), la questione è stata deferita al Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro, Germania), giudice del rinvio.

31. Tale giudice, al fine di risolvere la controversia, chiede l'interpretazione dell'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento n. 2157/2001, in combinato disposto con gli articoli da 3 a 7 della direttiva 2001/86. Esso osserva che è vero che dette disposizioni non stabiliscono espressamente che la procedura di negoziazione su un coinvolgimento dei lavoratori debba, in mancanza di previo svolgimento, essere avviata ex post. Tuttavia, esso considera che tale regolamento e tale direttiva partono dal presupposto, come emerge in particolare dai considerando 1 e 2 del suddetto regolamento, che le società partecipanti o le loro affiliate svolgano un'attività economica che comporti l'impiego di lavoratori, di modo che, già al momento della costituzione e prima dell'iscrizione di una SE, sia possibile l'avvio di una procedura di negoziazione sul coinvolgimento dei lavoratori nella SE. Di conseguenza, detto giudice si chiede se, nel caso dell'iscrizione di una SE di cui nessuna delle società partecipanti o delle affiliate di queste ultime impiega lavoratori, l'obiettivo perseguito dagli articoli da 3 a 7 di detta direttiva possa esigere lo svolgimento ex post della procedura di negoziazione sul coinvolgimento dei lavoratori, qualora la SE divenga la società controllante di affiliate in diversi Stati membri dell'Unione europea, le quali impiegano lavoratori.

32. In tale contesto, il giudice del rinvio ritiene che un siffatto obbligo potrebbe essere imposto perlomeno alla luce dell'articolo 11 della direttiva 2001/86 se, come nel caso di cui al procedimento principale, possa essere ravvisata una vicinanza temporale tra l'iscrizione della SE e l'acquisizione di affiliate, dal momento che tale circostanza potrebbe condurre a supporre che si tratti di una costruzione abusiva intesa a privare i lavoratori dei diritti in materia di coinvolgimento o a negar loro tali diritti.

33. Qualora sussistesse l'obbligo di svolgere ex post la procedura di negoziazione sul coinvolgimento dei lavoratori, si porrebbe la questione di stabilire se esso sia soggetto a una limitazione temporale e se il suo svolgimento sia disciplinato dalla legge dello Stato membro in cui la SE ha attualmente la propria sede o quello dello Stato membro in cui è stata iscritta per la prima volta, tenuto conto del fatto che, nel caso di specie, quest'ultimo Stato è receduto dall'Unione dopo il trasferimento della sede della SE in Germania.

34. Ciò premesso, il Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se l'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento [n. 2157/2001], in combinato disposto con gli articoli da 3 a 7 della direttiva [2001/86], debbano essere interpretati nel senso che, nel caso di una costituzione di una [holding SE] da parte di società partecipanti che non impiegano lavoratori e non hanno affiliate che impiegano lavoratori, nonché della loro iscrizione in un registro di uno Stato membro (cosiddetta “SE senza dipendenti”) senza previo svolgimento di una procedura di negoziazione sul coinvolgimento dei lavoratori nella SE ai sensi di tale direttiva, tale procedura di negoziazione debba essere svolta ex post qualora la SE divenga la società controllante di affiliate che impiegano lavoratori in diversi Stati membri (...).
- 2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se lo svolgimento ex post della procedura di negoziazione in un caso del genere sia possibile e si imponga senza limitazione temporale.
- 3) In caso di risposta affermativa alla seconda questione, se l'articolo 6 della direttiva [2001/86] osti ad un'applicazione della legge di uno Stato membro in cui la SE ha attualmente la propria sede, per uno svolgimento ex post della procedura di negoziazione, qualora la “SE senza dipendenti” sia stata iscritta nel registro in un altro Stato membro senza previo svolgimento di una siffatta procedura e ancor prima del trasferimento della sua sede sia divenuta la società controllante di affiliate che impiegano lavoratori in diversi Stati membri (...).
- 4) In caso di risposta affermativa alla terza questione, se ciò valga anche qualora lo Stato in cui tale “SE senza dipendenti” è stata iscritta per la prima volta sia receduto dall'Unione (...) dopo il trasferimento della sede di tale società e il suo ordinamento non contenga più alcuna disposizione sullo svolgimento di una procedura di negoziazione sul coinvolgimento dei lavoratori nella SE».

35. Hanno presentato osservazioni scritte il governo tedesco e la Commissione.

36. All'udienza tenutasi il 28 settembre 2023, il comitato aziendale del gruppo O KG, il consiglio di amministrazione della O Holding SE, i governi tedesco e lussemburghese nonché la Commissione hanno presentato le loro osservazioni orali e hanno risposto ai quesiti per risposta orale posti dalla Corte.

IV. Analisi

37. La costituzione della SE è disciplinata da alcuni principi fondamentali.

38. In primo luogo, essa può risultare soltanto da quattro modalità di costituzione: mediante fusione, costituzione di una SE holding, costituzione di una SE affiliata, o trasformazione di una società per azioni in una SE¹⁴.

39. In secondo luogo, la SE è disciplinata:

- dalle disposizioni del regolamento n. 2157/2001;
- dalle disposizioni del suo statuto, ove espressamente previsto da detto regolamento, o,
- per le materie non disciplinate (parzialmente o interamente) da detto regolamento, le disposizioni di diritto nazionale adottate in applicazione di misure di diritto dell'Unione concernenti specificamente la SE, da quelle applicabili alle società per azioni nello Stato membro in cui la SE è iscritta e dalle disposizioni dello statuto della SE alle stesse condizioni previste per le società per azioni nello Stato membro in cui la SE è iscritta¹⁵.

40. In terzo luogo, l'iscrizione della SE può aver luogo soltanto previa conclusione di un accordo sulle modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2001/86, se la DSN ha deciso di basarsi sulla normativa in vigore negli Stati membri in cui la SE impiega lavoratori, o se, alla scadenza del termine di negoziazione previsto dall'articolo 5 della direttiva 2001/86, non è stato concluso un accordo¹⁶.

41. Per quanto riguarda la partecipazione dei lavoratori, definita come l'influenza dell'organo di rappresentanza dei lavoratori e/o dei rappresentanti dei lavoratori nelle attività di una società¹⁷, si trattava di uno dei punti cruciali dei negoziati sul progetto di regolamentazione per la creazione di una SE che bloccavano l'esito di questi ultimi, come ricordato in precedenza¹⁸. Unitamente al principio del rispetto dell'elevato livello di difesa dei diritti esistenti in materia di coinvolgimento, il principio «prima/dopo» è risultato determinante e ha consentito a tali negoziati di giungere a buon fine. Tale principio è stato accettato sia dai sostenitori della difesa della partecipazione, in quanto permetteva di mantenere un livello elevato di partecipazione dei lavoratori, sia dagli Stati membri in cui tale sistema è sconosciuto, i quali vi hanno visto un mezzo per attrarre sedi sociali presso di sé¹⁹.

42. Tuttavia, il principio del «prima/dopo» riguarda solo le società partecipanti e consente di tutelare i diritti al coinvolgimento già esistenti in tali società²⁰.

¹⁴ V. articolo 2 del regolamento n. 2157/2001.

¹⁵ V. articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 2157/2001.

¹⁶ V. articolo 12, paragrafo 2, del regolamento n. 2157/2001.

¹⁷ V. articolo 2, lettera k), della direttiva 2001/86.

¹⁸ V. paragrafo 3 delle presenti conclusioni.

¹⁹ V. Sick, S., «Worker participation in SEs – a workable, albeit imperfect compromise», in Cremers, J., Stollt, M., e Vitols, S., *A decade of experience with the European Company*, The European Trade Union Institute, Bruxelles, 2013, pagg. da 93 a 106, in particolare pagg. 96 e 97.

²⁰ V. considerando 3, 7 e 18 della direttiva 2001/86.

43. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, alla Corte se possano essere avviati negoziati ex post sulle modalità di coinvolgimento dei lavoratori, vale a dire dopo l'iscrizione della SE holding costituita da società che non impiegano lavoratori al momento di tale iscrizione.

44. In limine, occorre ricordare che, contrariamente a quanto suggerisce la formulazione di detta questione pregiudiziale, il fatto che la SE holding abbia o meno affiliate che impiegano lavoratori non ha alcuna rilevanza ai fini dell'insorgenza dell'obbligo di istituire una DSN e di avviare *ab initio* negoziati sul coinvolgimento dei lavoratori. Infatti, l'articolo 2, lettera b), e l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/86 contemplano esclusivamente le società partecipanti direttamente alla costituzione della SE e, pertanto, vengono presi in considerazione solo i diritti dei lavoratori in materia di coinvolgimento acquisiti nell'ambito delle suddette società. Per contro, all'atto della composizione della DSN²¹ e dell'elaborazione dell'accordo²², si tiene conto delle affiliate e delle dipendenze interessate²³.

45. Mentre, in forza dell'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento n. 2157/2001, l'iscrizione di una SE è subordinata alle negoziazioni in seno alla DSN, esistono, nella pratica, ipotesi in cui siffatta iscrizione avviene senza l'istituzione di una DSN, né di negoziazioni sulle modalità di coinvolgimento dei lavoratori poiché queste ultime risultano impossibili.

46. È il caso della costituzione di una SE in forma di holding ove le società che promuovono tale costituzione non impiegano lavoratori. La medesima ipotesi si rinviene nel caso di costituzione di un'affiliata in forma di SE da parte di società che non impiegano lavoratori²⁴. In tali ipotesi, in mancanza di lavoratori nelle società partecipanti, la DSN non può essere istituita secondo le modalità di cui alla direttiva 2001/86.

47. La questione riguardante la possibilità di iscrivere una SE non ottemperando all'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento n. 2157/2001 è stata sottoposta ai giudici tedeschi. Basandosi su una lettura teleologica di tale disposizione, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale regionale superiore di Düsseldorf, Germania)²⁵ ha accettato l'iscrizione di siffatta SE, nonostante l'opposizione dei sindacati²⁶.

48. SE registrate senza negoziazioni sul coinvolgimento dei lavoratori ab initio sono sorte in vari Stati membri (in particolare in Germania e nella Repubblica ceca, dove sono numerose²⁷).

49. Tale accettazione, contraria al tenore letterale dell'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento n. 2157/2001, è stata giustificata, secondo il governo tedesco, da un'interpretazione teleologica della disposizione in parola al fine di consentire l'esercizio delle libertà economiche nel mercato unico che non implica necessariamente l'impiego dei propri lavoratori. È stato inoltre

²¹ V. articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2001/86.

²² V. articolo 4, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2001/86.

²³ V. documento di lavoro n. 6 del gruppo di esperti composto da esperti nazionali e dagli addetti agli affari sociali creato dalla Commissione quale forum di discussione sulle modalità di trasposizione della direttiva 2001/86 nelle legislazioni nazionali (in prosieguo: il «gruppo di esperti SE»), del 2 ottobre 2002, intitolato «Definizione di "società partecipanti" – Articolo 2, paragrafo b)», pagg. 30 e 31.

²⁴ V. Stollt, M., e Kelemen, M., «A big hit or a flop? A decade of facts and figures on the European Company (SE)», in Cremers, J., Stollt, M., e Vitols, S., *A decade of experience with the European Company*, op. cit., pagg. da 25 a 47, in particolare pagg. 45 e 46.

²⁵ V. sentenza I-3 Wx 248/08, del 30 marzo 2009.

²⁶ V. Köstler, R., «SEs in Germany», in Cremers, J., Stollt, M., e Vitols, S., *A decade of experience with the European Company*, op. cit., pagg. da 123 a 131, in particolare pagg. 128 e 129.

²⁷ V. Stollt, M., e Wolters, E., *Implication des travailleurs dans la Société européenne (SE) – Guide pour les acteurs de terrain*, The European Trade Union Institute, Bruxelles, 2013, pag. 93.

riconosciuto che, in mancanza di lavoratori nelle società partecipanti, non solo non poteva essere istituita una DSN, ma anche che non esistevano diritti dei lavoratori da difendere e che, pertanto, il principio «prima/dopo» non poteva trovare applicazione. In dette ipotesi, imporre siffatte negoziazioni sarebbe equivalso a vietare la costituzione di SE. La Commissione, nelle sue osservazioni, ha spiegato che tale iscrizione senza previe negoziazioni poteva basarsi sulle norme del regolamento n. 2157/2001 secondo cui, per le materie non disciplinate dal medesimo regolamento, si applicava il diritto nazionale applicabile alle società per azioni nello Stato membro e che, pertanto, se detto diritto nazionale consentiva la costituzione di società per azioni senza lavoratori, ciò doveva essere consentito per la SE²⁸.

50. Di conseguenza, è pacifico che nell'ipotesi sottoposta alla Corte l'iscrizione della SE senza lavoratori è consentita²⁹.

51. Si pone pertanto la questione della possibilità di avviare negoziazioni ex post sul coinvolgimento dei lavoratori.

52. La direttiva 2001/86 prevede che tali negoziazioni successive all'iscrizione possono aver luogo, ai sensi del suo articolo 3, paragrafo 6, quarto comma, solo su richiesta scritta di almeno il 10% dei lavoratori della SE, delle affiliate e dipendenze, o dei loro rappresentanti, non prima che siano trascorsi due anni dalla decisione della DSN di non avviare o di concludere le negoziazioni preliminari, salvo migliore accordo delle parti sulla data di rinegoziazione. Risulta quindi chiaramente che le negoziazioni ex post possono aver luogo solo se una DSN sia stata costituita ab initio e si tratti in senso stretto di una rinegoziazione. Nell'allegato di tale direttiva sono altresì previste negoziazioni quattro anni dopo l'istituzione dell'organo di rappresentanza in caso di applicazione delle disposizioni di riferimento³⁰.

53. Il considerando 18 della direttiva 2001/86 enuncia, da un lato, che i diritti dei lavoratori acquisiti prima della costituzione delle SE sono inoltre alla base dell'elaborazione dei diritti di coinvolgimento degli stessi nella SE (principio «prima/dopo») e, dall'altro, che tale approccio si applica pertanto non solo alla costituzione di nuove società europee ma anche alle modifiche strutturali apportate a SE già esistenti e alle società interessate da processi di modifiche strutturali. Tale considerando non è quindi sufficiente a fondare un diritto alle negoziazioni sul coinvolgimento dei lavoratori ex post ove una DSN non sia stata costituita ab initio.

54. Infatti, contrariamente a quanto sostengono i governi tedesco e lussemburghese, siffatta impossibilità di avviare negoziazioni ex post non risulta da una dimenticanza al momento dell'elaborazione della direttiva 2001/86, bensì da un'effettiva scelta del legislatore dell'Unione risultante dal compromesso sul principio «prima/dopo».

55. Vari elementi possono essere rilevati in tal senso. In primo luogo, la relazione Davignon, che è servita da base per gli ultimi negoziati del regolamento n. 2157/2001 e della direttiva 2001/86, ha chiaramente raccomandato negoziazioni sul coinvolgimento dei lavoratori prima dell'iscrizione, in un'ottica di prevedibilità per gli azionisti e i lavoratori, nonché di stabilità della vita della SE³¹.

²⁸ V. articolo 9, paragrafo 1, lettera c), ii), del regolamento n. 2157/2001.

²⁹ Lo stesso varrebbe per la costituzione di una SE affiliata da parte di società partecipanti senza lavoratori.

³⁰ V. allegato, parte 1, lettera g), della direttiva 2001/86.

³¹ V. relazione Davignon, punti 50 e 69, nonché documento di lavoro n. 19 del gruppo di esperti SE, del 23 giugno 2003, intitolato «Sviamento di procedura – Articolo 11» (in prosieguo: il «documento di lavoro n. 19 del gruppo di esperti SE»), pagg. 125 e 126.

In secondo luogo, il Parlamento europeo aveva proposto un considerando 7 bis che prevedeva espressamente negoziazioni ex post, il quale è stato respinto³² a favore della formulazione molto più vaga del considerando 18 della direttiva 2001/86.

56. Questa scelta del legislatore europeo è apparsa evidente anche a fronte dell'elaborazione dello statuto della società cooperativa europea e nella direttiva 2003/72/CE³³ sul coinvolgimento dei lavoratori in tale società, in quanto sono espressamente previste le negoziazioni ex post sul coinvolgimento dei lavoratori in caso di superamento della soglia di 50 lavoratori in almeno due Stati membri³⁴. Cosicché, il negoziato tra Stati membri ha consentito, in tale ipotesi, di creare un obbligo di negoziazione ex post, certamente connesso al superamento di una soglia, ma non previsto dalla normativa applicabile alla SE.

57. Inoltre, le problematiche riguardanti la SE senza lavoratori sono state rilevate sin dal 2003 dal gruppo di esperti SE³⁵, ma anche dal gruppo di esperti indipendenti incaricati dalla Commissione ai fini del riesame della direttiva 2001/86 previsto dall'articolo 15 della stessa³⁶.

58. È pertanto nella piena consapevolezza di dette problematiche che la Commissione ha elaborato e redatto la relazione e la comunicazione sull'applicazione del regolamento n. 2157/2001 e sul riesame della direttiva 2001/86. Nella prima, dopo aver richiamato la questione delle SE inattive³⁷, la Commissione afferma che «[e]ventuali modifiche allo statuto della SE, volte ad affrontare i problemi pratici individuati da varie parti interessate, dovranno tenere conto del fatto che lo statuto della SE è il risultato di un delicato compromesso frutto di lunghi negoziati. La Commissione sta attualmente esaminando alcune possibili modifiche da apportare allo statuto della SE, con l'obiettivo di formulare eventuali proposte nel 2012»³⁸. Nella seconda, dopo aver altresì riconosciuto la mancanza di disposizioni nella direttiva 2001/86 relative all'ipotesi di SE costituite senza lavoratori³⁹, la Commissione ha riconosciuto di aver individuato problematiche, ma che, essendo l'adozione del regolamento n. 2157/2001 e della direttiva 2001/86 il risultato di un delicato compromesso al termine di negoziati durati 30 anni, avrebbe esaminato l'opportunità di rivederli contemporaneamente, in occasione del riesame nel 2009 di tale regolamento⁴⁰.

59. La questione è stata inoltre approfondita, a maggiore distanza temporale dalla data di trasposizione della direttiva 2001/86, in un'opera dedicata ai dieci anni di applicazione della SE⁴¹.

³² V. relazione del Parlamento europeo, del 21 giugno 2001, sul progetto di direttiva del Consiglio che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori (A5-0231/2001), pag. 7.

³³ Direttiva del Consiglio, del 22 luglio 2003, che completa lo statuto della società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori (GU 2003, L 207, pag. 25).

³⁴ V. articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2003/72.

³⁵ V. documento di lavoro n. 19 del gruppo di esperti SE, pag. 124.

³⁶ V. Valdès Dal-Ré, F., *Studies on the implementation of Labour Law Directives in the enlarged European Union, Directive 2001/86/EC supplementing the European Company with regard to the involvement of employees, Synthesis report*, pagg. 101 e 102.

³⁷ V. relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 17 novembre 2010, sull'applicazione del regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE) [COM (2010) 676 definitivo], pag. 9.

³⁸ V. relazione citata alla nota 37 delle presenti conclusioni, pag. 11.

³⁹ V. comunicazione della Commissione del 30 settembre 2008 sul riesame della direttiva 2001/86/CE del Consiglio dell'8 ottobre 2001 che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori [COM(2008) 591 definitivo], pag. 7.

⁴⁰ V. comunicazione citata alla nota 39 delle presenti conclusioni, pag. 9.

⁴¹ V. Cremers, J., Stollt, M., e Vitols, S., *A decade of experience with the European Company*, op. cit., in particolare capitoli 1, 4 e 6 (v., rispettivamente, note 24, 19 e 26 delle presenti conclusioni).

60. A termini di una risoluzione del 2021, il Parlamento ha invitato la Commissione ad apportare i necessari miglioramenti ai quadri normativi che disciplinano le SE e le società cooperative europee e, sulla base di una valutazione tempestiva da essa realizzata, al pacchetto sul diritto societario, nonché ad apportarvi modifiche al fine di introdurre norme minime dell'UE che disciplinino la partecipazione e la rappresentanza dei lavoratori nei consigli di vigilanza⁴².

61. Nonostante la constatazione, dal 2003 e fino al 2021, delle problematiche relative alla costituzione e alla vita della SE, in particolare di quella connessa alla sua costituzione senza l'istituzione di una DSN, la Commissione non ha mai proposto modifiche al regolamento n. 2157/2001 o alla direttiva 2001/86 finalizzate a porvi rimedio. Non solo la Commissione non ha mai presentato proposte di modifiche in tal senso, ma persino le sue altre proposte di testi di diritto societario aventi un impatto in materia di partecipazione o di coinvolgimento dei lavoratori nell'ambito della struttura e del ruolo dei sindacati nell'elaborazione del progetto non hanno avuto esito positivo (progetto di società privata europea a responsabilità limitata presentato nel 2008 e ritirato nel 2014, progetto di società a responsabilità limitata con un unico socio presentato nel 2014 e ritirato nel 2018⁴³).

62. In questa fase della riflessione, mi sembra dunque dimostrato che la mancanza di norme relative alle negoziazioni ex post sul coinvolgimento dei lavoratori nell'ipotesi di una SE costituita senza DSN derivi da una scelta consapevole del legislatore dell'Unione, seppure i sostenitori del sistema del coinvolgimento, segnatamente in materia di partecipazione dei lavoratori, potrebbero ritenere tale mancanza una lacuna.

63. In tale contesto, il considerando 18 della direttiva 2001/86 deve quindi essere interpretato nel senso che esso si riferisce alle ipotesi di modifiche strutturali all'interno di una SE costituita con una DSN: ciò è tanto più logico in quanto la sua formulazione fa riferimento a «[t]ale approccio», ossia al principio del «prima/dopo» di cui alla frase precedente, che implica l'esistenza di diritti anteriori da difendere. Esso è quindi invero inteso a chiarire il principio di priorità attribuito ai negoziati in materia, dimostrato dal fatto che l'accordo iniziale sul coinvolgimento dei lavoratori deve fissare la data di entrata in vigore dell'accordo, la durata, i casi in cui l'accordo deve essere rinegoziato e la procedura per rinegoziarlo⁴⁴.

64. In tal modo esso è stato inteso anche dagli esperti nazionali e dai consulenti in materia di affari sociali del gruppo di esperti SE (che hanno partecipato ai negoziati della direttiva 2001/86 e incaricati di elaborare una relazione destinata ad agevolarne la trasposizione), in quanto hanno osservato che, oltre ai riferimenti di tale direttiva riguardanti implicitamente e in parte la questione⁴⁵, le norme della direttiva in parola sono state concepite per essere applicate solo immediatamente prima e al momento della costituzione della SE e, pertanto, potrebbe risultare necessario che le parti interessate applichino le norme della medesima direttiva, concepite principalmente per difendere i sistemi di partecipazione dei lavoratori, in modo dinamico, e ciò non soltanto al momento della costituzione della SE. Essi aggiungono che l'esperienza acquisita nell'applicazione della direttiva 94/45/CE⁴⁶ dimostra che la soluzione di tali problematiche

⁴² V. risoluzione del Parlamento europeo del 16 dicembre 2021 sulla democrazia sul luogo di lavoro: quadro europeo per i diritti di partecipazione dei lavoratori e revisione della direttiva sui comitati aziendali europei [2021/2005(INI)], punti 6 e 10.

⁴³ V. nota tematica sull'Unione europea del Parlamento europeo, intitolata «Diritto societario», disponibile al seguente indirizzo Internet: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/35/le-droit-des-societes>.

⁴⁴ V. articolo 4, paragrafo 2, lettera h), della direttiva 2001/86.

⁴⁵ V. articolo 4, paragrafo 2, lettera h), e allegato, parte 1, lettera g), della direttiva 2001/86.

⁴⁶ Direttiva 94/45/CE del Consiglio, del 22 settembre 1994, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (GU 1994, L 254, pag. 64).

avviene essenzialmente per via convenzionale. Essi concludono che, poiché la direttiva 2001/86 non va oltre, il problema relativo alle modifiche intervenute al di fuori dei casi di abuso sembra esaurirsi in un semplice riferimento dettagliato alle ipotesi di modifiche strutturali successive nelle disposizioni nazionali di trasposizione dell'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva sul contenuto dell'accordo al fine di avvertire le parti circa l'esistenza di tali modifiche⁴⁷.

65. Pertanto, il gruppo di esperti SE non prevede ulteriori margini di manovra da parte degli Stati membri su tale tema.

66. Per contro, detti esperti hanno chiaramente indicato che le negoziazioni sul coinvolgimento ex post dei lavoratori potevano rappresentare una sanzione efficace in caso di sviamento della SE inteso a privare i lavoratori dei loro diritti di partecipazione e che detta sanzione avrebbe persino il vantaggio di essere una possibile risposta uniforme in seno agli Stati membri⁴⁸. Infatti, l'articolo 11 della direttiva 2001/86 stabilisce che gli Stati membri adottano le misure appropriate, conformemente alla normativa dell'Unione, per impedire lo sviamento delle procedure di costituzione di una SE al fine di privare i lavoratori dei diritti in materia di coinvolgimento o di negar loro tali diritti.

67. Detti esperti hanno illustrato le loro proposte con esempi di situazioni che possono risultare abusive non solo in caso di costituzione di una SE senza partecipazione tramite affiliate senza partecipazione, dato che tale SE assume successivamente il controllo di tutte le affiliate soggette o meno a un regime di partecipazione, ma anche in caso di costituzione di una SE mediante trasformazione all'interno di uno Stato membro che non preveda un regime di partecipazione, seguito da un trasferimento di sede presso uno Stato membro che preveda siffatto regime, o ancora in caso di costituzione di una SE prima che siano superate le soglie che fanno scattare l'applicazione del regime di partecipazione⁴⁹.

68. Il punto comune ai due esempi che precedono è la costituzione di SE senza negoziazioni preliminari sul coinvolgimento dei lavoratori in seno alla DSN, in quanto tali SE vengono costituite a partire da società non soggette alla partecipazione. Pertanto, è evidente che il gruppo di esperti SE, da un lato, aveva in mente ipotesi di costituzione di SE senza negoziazioni preliminari e senza l'applicazione automatica delle disposizioni di riferimento e, dall'altro, non prevedeva negoziazioni ex post applicabili ex lege in caso di modifiche strutturali, bensì esclusivamente in caso di sviamento di procedura.

69. Nel prosieguo delle proprie considerazioni, il gruppo di esperti ha proposto che nell'ordinamento nazionale si optasse per la scelta di una disposizione intesa a prevenire abusi⁵⁰ basata sul concetto che le negoziazioni debbano svolgersi nelle ipotesi di cui al paragrafo 67 delle presenti conclusioni, una volta provato l'abuso in conformità delle norme generali, posto che una presunzione relativa di abuso può essere prevista qualora le modifiche siano intervenute in un breve periodo di tempo (ad esempio un anno) dopo l'iscrizione della SE⁵¹. Esso ha precisato che la soluzione ideale sarebbe rappresentata da una disposizione che preveda una rinegoziazione in tali ipotesi con, in caso di insuccesso, l'applicazione delle disposizioni di riferimento per la

⁴⁷ V. documento di lavoro n. 17 del gruppo di esperti SE, del 23 giugno 2003, intitolato «Contenuto dell'accordo – Articolo 4», pagg. 113 e 114.

⁴⁸ V. documento di lavoro n. 19 del gruppo di esperti SE, pagg. da 124 a 126.

⁴⁹ V. documento di lavoro n. 19 del gruppo di esperti SE, pag. 124.

⁵⁰ V. documento di lavoro n. 19 del gruppo di esperti SE, pagg. 126 e 127.

⁵¹ V. documento di lavoro n. 19 del gruppo di esperti SE, pag. 125.

partecipazione di cui all'allegato della direttiva 2001/86⁵². A tal fine, gli articoli da 3 a 7 della direttiva in parola dovrebbero essere applicati *mutatis mutandis* e i riferimenti relativi al momento dell'iscrizione della SE dovrebbero essere sostituiti da quelli relativi al momento in cui le negoziazioni falliscono⁵³.

70. In ogni caso, fatta salva la valutazione del giudice nazionale, il mero trasferimento della sede sociale o l'applicazione di una disposizione dell'ordinamento nazionale che consenta di sopprimere la partecipazione dei lavoratori all'interno di un'affiliata di una SE, affiliata disciplinata da detto ordinamento nazionale, non possono, da soli, costituire un abuso, salvo rimettere in discussione l'effettività del regolamento n. 2157/2001 e della direttiva 2001/86.

71. Per concludere, il risultato dei negoziati di detto regolamento e di tale direttiva può apparire lacunoso, ma, invero, l'applicazione del principio «prima/dopo» al momento dell'iscrizione della SE è stata voluta dagli Stati membri e, pertanto, un'estensione dei diritti al coinvolgimento dei lavoratori ad opera della giurisprudenza non mi sembra possibile, poiché ciò rimetterebbe in discussione gli equilibri che tali negoziati hanno raggiunto a caro prezzo. Infatti, qualora estese al di là dei casi di abuso, negoziazioni sul coinvolgimento ex post dei lavoratori comprometterebbero la stabilità nel funzionamento della società, parimenti perseguita dalla normativa⁵⁴, in quanto esse potrebbero aver luogo nel caso di trasformazione in SE prima che siano state superate le soglie che, nel diritto nazionale, fanno scattare la partecipazione, oppure ogni qual volta il numero dei lavoratori subisca modifiche in conseguenza della cessione o dell'acquisizione di affiliate.

72. Alla luce di tutte le ragioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alla prima questione pregiudiziale dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento n. 2157/2001, in combinato disposto con gli articoli da 3 a 7 della direttiva 2001/86, deve essere interpretato nel senso che, dopo l'iscrizione di una SE holding costituita da società partecipanti che non impiegano lavoratori, senza il previo svolgimento di negoziazioni sul coinvolgimento dei lavoratori, esso non impone l'avvio di siffatte negoziazioni per il solo motivo che tale SE holding divenga la società controllante di affiliate che impiegano lavoratori in uno o più Stati membri dell'Unione europea.

73. In considerazione di tale risposta, non ritengo necessario che la Corte risponda alle altre questioni pregiudiziali.

V. Conclusione

74. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dal Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro, Germania) nei seguenti termini:

l'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), in combinato disposto con gli articoli da 3 a 7 della direttiva 2001/86/CE del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori,

⁵² V. allegato, parte 3, della direttiva 2001/86.

⁵³ V. documento di lavoro n. 19 del gruppo di esperti SE, pag. 127.

⁵⁴ V. relazione Davignon, punto 50, citata nel documento di lavoro n. 19 del gruppo di esperti SE, pag. 126.

deve essere interpretato nel senso che:

dopo la iscrizione di una società europea (SE) holding costituita società partecipanti che non impiegano lavoratori, senza il previo svolgimento di negoziazioni sul coinvolgimento dei lavoratori, esso non impone l'avvio di siffatte negoziazioni per il solo motivo che tale SE holding divenga la società controllante di affiliate che impiegano lavoratori in uno o più Stati membri dell'Unione europea.