

Responsabilità del cessionario

Cessione d'azienda: continuità del rapporto di lavoro e risarcimento del danno

Salvatore Servidio - Esperto tributario e del processo del lavoro

Nello storico di lite della sentenza 10 aprile 2015, n. 7281, della Corte di Cassazione, la Corte d'Appello accoglieva il gravame del datore di lavoro avverso la sentenza di primo grado che aveva invece accolto i ricorsi proposti da alcuni lavoratori, revocando i decreti ingiuntivi richiesti dalle parti appellate.

Con i citati provvedimenti monitori, il Tribunale del lavoro aveva intimato alla società di pagare in favore dei dipendenti le somme maturate a titolo di retribuzione nel periodo accertato in ragione di altra sentenza resa tra le parti dallo stesso Tribunale, con la quale era stata dichiarata l'illegittimità del trasferimento del contratto di lavoro dei ricorrenti per cessione di ramo d'azienda dalla Spa ad altra Srl e per l'effetto condannava la società al ripristino del rapporto.

La società appellante, tuttavia, non aveva dato esecuzione spontanea all'ordine del giudice di ripristino dei rapporti, sicché i lavoratori avevano continuato a prestare attività lavorativa in favore della società cessionaria, dalla quale avevano regolarmente ricevuto nel periodo in contestazione la retribuzione, sicché la Corte territoriale riteneva che nella fattispecie in esame, sebbene la condotta della Spa - che non aveva provveduto tempestivamente a ripristinare la funzionalità del rapporto con gli appellati, nonostante a ciò sollecitata - dovesse considerarsi illegittima, le conseguenze di tale condotta non potevano che rilevare sul piano risarcitorio e non, invece, in difetto della prestazione lavorativa, su quello retributivo, con conseguente eccezionalità o rilevanza del cosiddetto "*aliunde perceptum*", il quale nel caso di specie elideva completamente il danno subito per effetto della perdita della retribuzione.

Nei conseguenti ricorsi per cassazione, i lavoratori denunciavano innanzitutto violazione di legge (artt. 1206, 1207, 1217 e 1453 c.c.), nella parte in cui la sentenza impugnata ha ritenuto che la messa in mora del creditore e l'impossibilità della prestazione per fatto imputabile esclusivamente al creditore stesso non determinino il diritto ad esigere la controprestazione cioè la retribuzione, da parte del lavoratore, ma esclusivamente il diritto al risarcimento del danno, con applicabilità dei principi della *compensatio lucri cum damno* e, in particolare, dell'*aliunde perceptum*.

In secondo luogo i ricorrenti deducono violazione dell'art. 2094 c.c. («Prestatore di lavoro subordinato»), nella parte in cui la sentenza ha ritenuto che, stante la natura sinallagmatica del rapporto di lavoro, l'erogazione del trattamento economico anche in caso di mancata prestazione costituisca un'eccezione, prevista elusivamente dalla legge o dal contratto. Nella specie il sinallagma genetico tra le obbligazione del datore di lavoro e del lavoratore è stato ricostituito con sentenza, in ragione dell'accertamento dell'illegittimità della cessione del ramo di azienda, e la omessa prestazione lavorativa è imputabile al solo datore di lavoro che diventa unico responsabile della mancata esecuzione del contratto.

La decisione n. 7281/2015

Si è sopra visto che i ricorrenti censurano la statuizione della Corte d'Appello che ha negato loro la sussistenza dell'obbligazione retributiva, ritenendo così violate le norme civilistiche in tema di *mora credendi*, atteso che l'ingiustificato rifiuto della prestazione lavorativa offerta dai ricor-

Approfondimenti

renti configura una situazione di *mora credendi* (art. 1206 e seguenti c.c.) che non libera il datore di lavoro dalla propria obbligazione. Sussiste quindi nel caso di specie in capo al datore di lavoro la mora del creditore, ed è a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore.

Hanno anche assunto i lavoratori che il risarcimento del danno in ragione delle norme che si assumono vulnerate (artt. 1206, 1207, 1217 e 1453 c.c.) si aggiunge all'adempimento e non lo sostituisce. Quindi la Corte d'Appello avrebbe erroneamente sostenuto la non spettanza anche delle retribuzioni attraverso una impropria estensione della disciplina recata dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, che stabilisce che con l'ordine di reintegra il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno, commisurato alle retribuzioni.

Sostanzialmente, quindi, il problema sottoposto dai lavoratori ricorrenti alla Suprema Corte riguarda l'eventuale violazione dell'art. 2112 c.c. e dell'art. 18 Statuto dei lavoratori per la concessione sia del risarcimento del danno sia per il riconoscimento a carico del datore di lavoro delle retribuzioni maturate dalla cessione d'azienda sino all'effettiva reintegra, atteso che i dipendenti non avevano perso il posto di lavoro, ma avevano solo cambiato datore di lavoro in applicazione dell'art. 2112 c.c., non traendone alcun pregiudizio economico.

Ciò in quanto la c.d. tutela reale (*ex art. 18 Statuto dei lavoratori*), nei termini in cui risulta attualmente disciplinata dopo l'intervento in materia della legge 11 maggio 1990, n. 108 (art. 1), comporta, oltre all'obbligo di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, quello del risarcimento del danno dal medesimo subito, in ragione di una indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello di effettiva reintegrazione (e in ogni caso, non inferiore a 5 mensilità della retribuzione globale di fatto), cui si aggiunge il versamento, per lo stesso periodo, dei contributi assistenziali e previdenziali. Spetta, inoltre, al lavoratore la facoltà di richiedere, in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro, il pagamento di una indennità sostitutiva pari a 15 mensilità della retribuzione globale di fatto.

Nel decidere la vertenza, con la sentenza n. 7281/2015, la Sezione Lavoro ha rigettato i ricor-

si dei lavoratori, stabilendo che in caso di cessione di ramo d'azienda dichiarata illegittima, laddove il rapporto del lavoratore è proseguito, seppure solo di fatto, con la società acquirente, con conservazione per la stessa di tutti i diritti derivanti, deve ritenersi che, essendo pacifica la continuazione dell'attività lavorativa ed il godimento della retribuzione, al lavoratore non è derivato alcun danno da licenziamento illegittimo, non essendoci stato allontanamento dal posto di lavoro. Ne consegue che il prestatore d'opera avrebbe potuto chiedere il risarcimento del danno per l'illegittima cessione del rapporto di lavoro secondo le norme codicistiche sull'illecito contrattuale (art. 1218 e seguenti c.c.) e non già in base alla disciplina speciale posta dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e non essendo stata fornita prova di danno, neppure sotto il profilo della perdita delle retribuzioni (o di parte di esse), non può essere riconosciuto il richiesto ristoro.

Al riguardo, entrando nel merito della vertenza, il giudice di legittimità, smentendo una delle tesi sostenute dai lavoratori secondo cui nella specie si tratterebbe di conversione di contratto a termine, ha chiarito in premessa che nella contesa esaminata è da escludere che si verte in ipotesi di conversione del rapporto di lavoro a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato in ragione dell'illegittimità del termine di durata apposto al contratto, tant'è che i lavoratori hanno continuato il rapporto con la cessionaria negli stessi termini in cui lo avevano con la cedente (ancorché la cessione d'azienda sia stata dichiarata inefficace dal giudice del lavoro).

Infatti, con sentenza 11 novembre 2011, n. 303, richiamata dai ricorrenti per sostenere la propria difesa, la Corte Costituzionale ha confermato la legittimità dei commi 5, 6 e 7 dell'art. 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato lavoro) i quali dispongono rispettivamente che:

- nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 (comma 5);
- in presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più

Approfondimenti

rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà (comma 6);

- le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore dello Statuto (comma 7).

I giudici rimettenti, dubitavano della legittimità costituzionale delle predette disposizioni in quanto dirette, a loro dire, a limitare ingiustamente la misura del risarcimento del danno conseguente alla conversione del contratto a termine.

Tale danno era in precedenza quantificato in misura pari alle retribuzioni omesse dalla data di offerta della prestazione sino alla riammissione in servizio del lavoratore, con eventuale temperamento in caso di dimostrazione dell'*aliunde perceptum* ovvero in caso di colpevole negligenza del prestatore nel reperire altra occupazione.

Nel respingere le censure di illegittimità (per violazione degli artt. 3, 4, 11, 24, 101, 102, 111, 117, comma 1, Cost.), la Corte Costituzionale ha affermato che:

- la stabilizzazione del rapporto è la tutela più intensa che il lavoratore precario possa ricevere per cui il risarcimento previsto in aggiunta alla conversione del contratto, assorbente l'intero pregiudizio subito, assume valore logicamente secondario;

- il rimedio indennitario è stato già ritenuto legittimo dalla Consulta in relazione alle previsioni dell'art. 8 legge n. 604/1966 (licenziamento ingiustificato in regime di tutela obbligatoria) (v. sentenze 28 dicembre 1970, n. 194; 23 febbraio 1996, n. 44; 7 febbraio 2000, n. 46);

- la misura legale del risarcimento è congrua non avendo il datore di lavoro alcun interesse a ritardare la riammissione in servizio del prestatore dopo la sentenza dovendo comunque corrispondere, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata delle nuove norme, tutte le retribuzioni dalla data della pronuncia sino alla effettiva riammissione nel posto di lavoro;

- la misura legale del risarcimento è congrua anche in considerazione della previsione del termine acceleratorio di complessivi 330 giorni dalla data di scadenza del contratto per l'esercizio del-

l'azione di accertamento della nullità del termine (art. 32, commi 1 e 3, legge n. 183/2010);

- la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato non ha copertura costituzionale, purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento;

- sussiste una condizione di equilibrio essendo il lavoratore adeguatamente garantito in quanto la misura del risarcimento prescinde dall'*aliunde perceptum* e dalla offerta della prestazione, mentre il datore di lavoro è parimenti garantito dalla predeterminazione del risarcimento;

- la riduzione della metà del limite superiore dell'indennità previsto dal comma 6 è giustificato dal "*favor*" del legislatore per i percorsi di assorbimento dei precari disciplinati dall'autonomia collettiva;

- nessuna disparità di trattamento dei lavoratori può derivare dalla durata variabile dei giudizi in quanto il processo costituisce elemento neutro rispetto alla tutela offerta. In ogni caso la normativa, tramite i criteri previsti dall'art. 8 legge n. 604/1966, consente di calibrare il risarcimento in relazione alla peculiarità delle singole vicende. Inoltre, il lavoratore può agire in via cautelare al fine di evitare ulteriori danni e gode di specifici meccanismi riparatori contro l'eccessiva durata del processo (legge 24 marzo 2001, n. 89, c.d. legge "Pinto");

- l'applicazione della norma ai giudizi pendenti in ogni grado è giustificata e non discriminatoria poiché non vi è alcuna ragione di diversificare situazioni tutte parimenti "*sub iudice*";

- il contratto di lavoro con clausola appositiva del termine viziata non è assimilabile ad altre figure illecite - come l'utilizzazione fraudolenta della collaborazione continuativa e coordinata - ovvero alla somministrazione irregolare, per cui deve escludersi qualsiasi ingiustificata disparità di trattamento;

- la retroattività degli effetti dell'art. 32, commi 5 e 6, non determina alcuna ingerenza illecita del legislatore nell'amministrazione della giustizia in quanto la normativa, escluso ogni mirato favore per lo Stato o per altro soggetto pubblico, impone anche per il passato un ragionevole meccanismo semplificato di liquidazione del danno dettato da ragioni di utilità generale.

Nella sentenza 2 aprile 2012, n. 5241, della Corte di Cassazione, analogamente richiamata dai ricorrenti a sostegno delle proprie argomentazioni,

Approfondimenti

si afferma il principio che la clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi (V.d.R.) ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. 19 settembre 1994, n. 626, è nulla per contrarietà a norma imperativa e il contratto di lavoro si considera a tempo indeterminato.

Spetta al giudice di merito accertare, con valutazione che, se correttamente motivata ed esente da vizi giuridici, resta esente dal sindacato di legittimità, la sussistenza del presupposto indicato dall'art. 3, lett. d), del D.Lgs. 6 settembre 1991, n. 368.

La clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro da parte di imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi è nulla per cui il contratto si considera a tempo indeterminato.

Fra i casi in cui è vietato stipulare contratti a termine, l'art. 3 del D.Lgs. n. 368/2001, inserisce la mancata effettuazione della valutazione dei rischi per cui le aziende che non abbiano effettuato tale valutazione non possono assumere lavoratori con contratto a tempo determinato.

La norma suddetta è posta a tutela del lavoratore che, di fatto, ha una minore familiarità con l'ambiente di lavoro e con gli strumenti di lavoro a causa della minore esperienza, della minore formazione e della minore professionalità.

Conseguentemente il datore di lavoro che intenda sottrarsi alle conseguenze della violazione del divieto, deve provare di aver effettuato l'adempimento (ovvero la citata valutazione dei rischi) in epoca antecedente alla stipula del contratto a termine.

In caso contrario, la Cassazione ha stabilito che la clausola apposta è nulla per contrarietà a norma imperativa ed il contratto si considera a tempo indeterminato.

Al lavoratore spetterà, inoltre, quanto previsto dalla legge n. 183/2010 e cioè un'indennità variabile da 2,5 a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La sentenza n. 19740/2008

Si è affermato nella narrativa che precede che i lavoratori hanno dedotto in via principale nel ricorso per cassazione violazione degli artt. 1206, 1207, 1217 e 1453 c.c., nella parte in cui la sentenza ha ritenuto che la messa in mora del creditore e la conseguente impossibilità sopravvenuta

della prestazione per fatto imputabile al creditore stesso non determinino il diritto di esigere la controprestazione, cioè la retribuzione, da parte dei lavoratori, con impossibilità di applicare i principi della *compensatio lucri cum damno* e, in particolare, dell'*aliunde perceptum*. Per contro, il datore di lavoro ha dedotto che le somme che il lavoratore può pretendere dal datore di lavoro hanno natura risarcitoria e non retributiva, come affermato dalla medesima Corte d'Appello, e che, quindi, poiché l'asserito danno subito dal lavoratore era già stato compensato avendo lo stesso ricevuto la retribuzione dalla cessionaria nel periodo in contestazione, nulla poteva essergli riconosciuto.

La questione degli effetti della dichiarazione di nullità della cessione di ramo d'azienda è stata affrontata dalla paradigmatica sentenza 17 luglio 2008, n. 19740, nella quale la Corte di Cassazione ha affermato che in quell'occasione la società/datore di lavoro con l'ultimo motivo di appello aveva contestato la pronuncia del giudice di primo grado che l'aveva condannata al pagamento delle differenze retributive e al risarcimento del danno ex art. 18 Statuto dei lavoratori nella misura di cinque mensilità, evidenziando che la dipendente non aveva perso il posto di lavoro, ma aveva solo cambiato datore in applicazione dell'art. 2112 c.c., non traendone alcun pregiudizio economico.

Il giudice di appello, pur affermando che la nullità della cessione del rapporto di lavoro comporta la prosecuzione dello stesso in capo alla società ricorrente nella posizione lavorativa precedentemente occupata dall'attrice, rigettando *in toto* l'impugnazione non ha modificato la pronuncia del primo giudice che aveva condannata la società cedente al risarcimento del danno nella misura di cinque mensilità e al pagamento delle retribuzioni omesse fino alla reintegra. Nella specie della sentenza n. 19740/2008, invece, il rapporto della lavoratrice è proseguito (seppure solo di fatto) con la società acquirente del ramo di azienda, con conservazione per la stessa di tutti i diritti derivanti. Ne consegue che, essendo pacifica la continuazione dell'attività lavorativa ed il godimento della retribuzione, alla lavoratrice ceduta non è derivato alcun danno da licenziamento illegittimo, non essendoci stato allontanamento dal posto di lavoro. Conseguentemente la lavoratrice avrebbe potuto richiedere il risarcimento del dan-

Approfondimenti

no per l'illegittima cessione del rapporto di lavoro secondo le norme codicistiche sull'illecito contrattuale (art. 1218 e segg. c.c.) e non già secondo la disciplina speciale posta dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (v. Cass. 6 marzo 1998, n. 2521). Non essendo stata fornita prova di danno, neppure sotto il profilo della perdita delle retribuzioni (o di parte di esse), il motivo proposto dal datore di lavoro è stato ritenuto fondato e quindi accolto.

I principi così enunciati nella sentenza n. 19740/2008 sono risultati condivisibili, atteso che nella cessione di contratto si ha la sostituzione di un soggetto (cessionario) ad altro (cedente) nel rapporto giuridico, il quale rimane - di regola e salvo eccezione, la cui prova deve essere fornita dalla parte interessata - eguale nei suoi elementi oggettivi.

L'illecito contrattuale sussistente a carico del datore di lavoro, da luogo ad un'obbligazione risarcitoria in favore del lavoratore in presenza della prova del danno.

Nella specie, però, non è ravvisabile un danno atteso che il rapporto della lavoratrice è proseguito con la società acquirente del ramo di azienda, con conservazione per la stessa di tutti i diritti derivanti.

Nella sentenza n. 19740/2008, la Suprema Corte ha quindi ritenuto che l'obbligazione del cedente che non provveda al ripristino del rapporto di lavoro deve essere qualificata come risarcimento del danno, con la conseguente detraibilità dell'*aliunde perceptum*.

Costituisce infatti principio che si è andato consolidando nell'elaborazione giurisprudenziale di legittimità quello secondo cui il contratto di lavoro è un contratto a prestazioni corrispettive nel quale l'erogazione del trattamento economico in mancanza di lavoro costituisce un'eccezione, che deve essere oggetto di una espressa previsione di legge o di contratto, ciò che avviene ad esempio nei casi del riposo settimanale (art. 2108 c.c.) e delle ferie annuali (art. 2109 c.c.). In difetto di un'espressa previsione in tal senso, la mancanza della prestazione lavorativa dà luogo anche nel contratto di lavoro ad una scissione tra sinallagma genetico (che ha riguardo al rapporto di corrispettività esistente tra le reciproche obbligazioni dedotte in contratto) e sinallagma funzionale (che lega invece le prestazioni intese come adempimento delle obbligazioni dedotte) che

esclude il diritto alla retribuzione/corrispettivo e determina a carico del datore di lavoro che ne è responsabile l'obbligo di risarcire i danni, eventualmente commisurati alle mancate retribuzioni. Proprio perché si tratta di un risarcimento del danno - ed in assenza di una disciplina specifica per la determinazione del suo ammontare - soccorrono i normali criteri fissati per i contratti in genere, con la conseguenza che dev'essere detratto l'*aliunde perceptum* che il lavoratore può aver conseguito svolgendo una qualsivoglia attività lucrativa.

Tali principi sono stati affermati dalla Cassazione in relazione a fattispecie che, seppure diverse da quella che ci occupa, sono a questa pienamente assimilabili sotto il profilo esaminato, quali gli intervalli non lavorati nel caso di successione di una pluralità di contratti a termine, ove l'apposizione della clausola sia stata ritenuta illegittima (Cass., Sez. Un., 5 marzo 1991, n. 2334; Sez. Lav. 21 aprile 2009, n. 9464), la dichiarazione di nullità del licenziamento orale (Cass. Sez. Un., 27 luglio 1999, n. 508), la dichiarazione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro con accertamento della giuridica continuità dello stesso (Cass. 2 luglio 2009, n. 15515), l'accertamento della nullità di clausola del contratto collettivo prevedente l'automatica cessazione del rapporto di lavoro al raggiungimento della massima anzianità contributiva con conseguente accertamento della continuità giuridica del rapporto di lavoro (Sez. Un., 13 agosto 2002, n. 12194; Sez. Lav., 3 novembre 2000, n. 14387; 1° agosto 2003, n. 11758; 14 giugno 2007, n. 13871).

La qualificazione in termini risarcitori delle erogazioni patrimoniali a carico del datore di lavoro come conseguenza dell'obbligo di ripristino del posto di lavoro illegittimamente perduto risulta peraltro influenzata in maniera decisiva dalle modifiche introdotte dall'art. 1 della legge 11 maggio 1990, n. 108 all'art. 18 della legge n. 300/1970, che ha unificato quanto dovuto per i periodi anteriore e posteriore alla sentenza che dispone la reintegrazione sotto il comune denominatore dell'obbligo risarcitorio (così Cass. 1° aprile 2003, n. 4943; 17 agosto 2004, n. 16037; 13 dicembre 2006, n. 26627), con conseguente detraibilità dell'*aliunde perceptum*.

Approfondimenti

Conclusioni

A quanto detto consegue che nel caso in esame, essendo pacifico che i lavoratori hanno continuato a prestare l'attività lavorativa alle dipendenze della cessionaria, venendone retribuiti, a loro incombeva l'onere (che non risulta essere stato assolto) di dedurre e dimostrare i danni sofferti, tra i quali l'inferiorità di quanto ricevuto rispetto alla retribuzione che sarebbe loro spettata alle dipendenze della società cedente.

Da ciò ne deriva che non essendo stata fornita prova di danno, neppure sotto il profilo della perdita delle retribuzioni (o di parte di esse), il motivo della società ricorrente viene ritenuto fondato e, quindi, accolto.

Ed infatti, spiega la Sezione Lavoro nella sentenza n. 7281/2015 in esame, nella cessione di contratto si ha la sostituzione di un soggetto (cessionario) ad altro (cedente) nel rapporto giuridico, il quale rimane - di regola e salvo eccezione, la cui prova deve essere fornita dalla parte interessata - eguale nei suoi elementi oggettivi. L'illecito contrattuale sussistente a carico del datore di lavoro, da luogo ad un'obbligazione risarcitoria in favore del lavoratore in presenza della prova del danno. Tuttavia, nella particolarità della fattispecie, come si è detto, non è ravvisabile un danno atteso che il rapporto dei lavoratori è proseguito con la società acquirente del ramo di azienda, con conservazione per gli stessi di tutti i diritti derivanti. Ciò anche nel caso di cessione di ramo d'azienda da parte della cedente ritenuto inefficace, ma con pagamento delle retribuzioni (cfr. in termini Cass. 14 luglio 2014, n. 16095; 11 settembre 2014, n. 19228; 16 settembre 2014, n. 19490).

È vero che la società cedente omette di ripristinare la funzionalità del rapporto, ma la sua condotta illegittima può rilevare eventualmente sul piano risarcitorio e non su quello della retribuzione: il rapporto di lavoro risulta infatti pacificamente proseguito con il cessionario, che l'ha retribuito. E comunque eventuali danni possono essere chiesti per l'illecito contrattuale (art. 1218 c.c.) e non secondo la disciplina speciale dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori perché nessun licenziamento illegittimo si è configurato.

La Suprema Corte ha applicato il principio più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità (v. *ex plurimis* Cass. 3 marzo 2006, n. 4677; 14 novembre 2011, n. 23808) secondo cui l'ob-

bligo risarcitorio commisurato alla retribuzione non determina l'automatica equivalenza del risarcimento ai compensi retributivi perduti, poiché l'automatismo è invece escluso ove si accerti che il danno del lavoratore (derivante dalla perdita della retribuzione) si è ridotto in misura corrispondente ad altri compensi percepiti per prestazioni lavorative svolte - nel periodo considerato - presso altri datori di lavoro (c.d. *aliunde perceptum*).

Peraltro, il trasferimento d'azienda - in qualunque forma realizzato - fa sì che il rapporto di lavoro prosegua con l'acquirente e che il lavoratore conservi tutti i diritti derivanti (art. 2112 c.c.). Ne consegue che il licenziamento, non fondato su giusti motivi diversi dal trasferimento, è nullo e va disapplicato dal giudice, il quale emette una sentenza di mero accertamento della prosecuzione del rapporto di lavoro ed eventualmente condanna il datore, o i datori succedutisi, a risarcire secondo le norme codicistiche sull'illecito contrattuale il danno derivato al prestatore dall'allontanamento dal posto di lavoro (Cass. 22 gennaio 2013, n. 1456).

Anche nel diritto comunitario, in materia di trasferimento d'azienda, la direttiva Ce 77/187, come ripresa nel contenuto dalla direttiva Ce 98/50 e, infine, razionalizzata nel testo mediante sostituzione con la direttiva Ce 2001/23 (all'origine della rinnovata versione dell'art. 2112 c.c.), nell'ambito del fenomeno della circolazione aziendale, persegue lo scopo di garantire ai lavoratori - assicurando la continuità dell'inerenza del rapporto di lavoro all'azienda, o alla parte di essa, trasferita ed esistente al momento del trasferimento - la conservazione dei diritti in caso di mutamento dell'imprenditore. Ne consegue che per "ramo d'azienda", come tale suscettibile di autonomo trasferimento riconducibile alla disciplina dettata per la cessione di azienda, deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità e (come affermato anche dalla Corte di Giustizia, sentenza 24 gennaio 2002, C-51/00) consenta l'esercizio di una attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo, il cui accertamento presuppone la valutazione complessiva di una pluralità di elementi, tra loro in rapporto di interdipendenza in relazione al tipo di impresa, consistenti nell'eventuale trasferi-

Approfondimenti

mento di elementi materiali o immateriali e del loro valore, nell'avvenuta riassunzione in fatto della maggior parte del personale da parte della nuova impresa, dell'eventuale trasferimento della clientela, nonché del grado di analogia tra le attività esercitate prima o dopo la cessione, in

ciò differenziandosi dalla cessione del contratto *ex art. 1406 c.c.* che attiene alla vicenda circolatoria del solo contratto, comportando la sola sostituzione di uno dei soggetti contraenti e necessitando, per la sua efficacia, del consenso del lavoratore ceduto.

Cass. 10 aprile 2015, n. 7281

Svolgimento del processo

La Corte d'Appello di Roma, con la sentenza del 3 dicembre 2012, decidendo sull'impugnazione proposta da Telecom Italia Spa nei confronti di C. R., S. G., I. L., avente ad oggetto la sentenza del Tribunale di Roma n. 4016/2009, accoglieva l'appello ed in riforma della sentenza impugnata, accoglieva l'opposizione proposta da Telecom Italia spa con il ricorso di primo grado e revocava i decreti ingiuntivi richiesti dalle parti appellate. Compensava tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Con i suddetti decreti ingiuntivi, il Tribunale di Roma aveva intimato alla società di pagare in favore dei 3 citati lavoratori le somme come indicate a titolo di retribuzione maturata nel periodo indicato in ragione della sentenza resa tra le parti dal medesimo Tribunale in data 31 gennaio 2007, con la quale era stata dichiarata l'illegittimità del trasferimento del contratto di lavoro dei ricorrenti da IT Telecom alla HD DCS Srl e per l'effetto condannava la società Telecom, nelle more subentrata a IT Telecom, al ripristino del rapporto.

La Corte d'Appello, premesso che la società Telecom non aveva dato spontanea esecuzione all'ordine di ripristino, sicché i lavoratori avevano continuato a prestare attività lavorativa in favore della società cessionaria, dalla quale avevano ricevuto nel periodo in contestazione la retribuzione, riteneva, quindi, richiamando, altresì, la sentenza n. 19740 del 2008, che nella fattispecie in esame, sebbene la condotta di Telecom Spa, che non aveva provveduto tempestivamente a ripristinare la funzionalità del rapporto con l'appellata, nonostante a ciò sollecitata, dovesse considerarsi illegittima, le conseguenze di tale condotta non poteva che rilevare sul piano risarcitorio e non, invece, in difetto della prestazione lavorativa, su quello retributivo, con conseguente eccezionalità o rilevanza del cosiddetto "*aliunde perceptum*", il quale nel caso di specie elideva completamente il danno subito per effetto della perdita della retribuzione.

Per la cassazione della suddetta sentenza resa in grado di appello ricorrono il C., la S. e la I. articolando due motivi di ricorso; resiste Telecom Spa con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memoria in prossimità dell'udienza.

Motivi della decisione

Con il primo motivo di ricorso è prospettata violazione - in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, - degli artt. 1206, 1207, 1217 e 1453 c.c., nella parte in cui la sentenza ha ritenuto che la messa in mora del creditore e l'impossibilità della prestazione per fatto imputabile esclusivamente al creditore stesso non determinino il diritto ad esigere la controprestazione cioè la retribuzione, da parte del lavoratore, ma esclusivamente il diritto al risarcimento del danno, con applicabilità dei principi della *compensatio lucri cum damno* e, in particolare, dell'*aliunde perceptum*.

I ricorrenti censurano la statuizione della Corte d'Appello che nega la sussistenza dell'obbligazione retributiva così violando le norme sopra richiamate.

L'ingiustificato rifiuto della prestazione lavorativa, offerta dai ricorrenti, configura una situazione di *mora credendi*, che non libera il datore di lavoro dalla propria obbligazione.

Sussiste infatti, nella specie in capo al datore di lavoro la mora del creditore ed è dunque a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore.

Assumono, altresì, i ricorrenti che il risarcimento del danno in ragione del complesso normativo di cui alle disposizioni richiamate, si aggiunge all'adempimento e non lo sostituisce.

Erroneamente la Corte d'Appello avrebbe sostenuto ciò attraverso un'impropria estensione della disciplina recata dalla L. n. 300 del 1970, art. 18 che stabilisce che con l'ordine di reintegra il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno, commisurato alle retribuzioni.

I ricorrenti richiamano, inoltre, la sentenza n. 303 del 2011 della Corte costituzionale e la sentenza n. 5241 del 2012 di questa Corte a sostegno delle proprie argomentazioni.

Con il secondo motivo di ricorso è dedotta violazione - in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, - dell'art. 2094 c.c., nella parte in cui la sentenza ha ritenuto che, stante la natura sinallagmatica del rapporto di lavoro, la erogazione del trattamento economico anche in caso di mancata prestazione costituisca un'eccezione, prevista elusivamente dalla legge o dal contratto. Nella specie il sinallagma genetico tra le obbligazioni del datore di lavoro e del lavoratore è stato ricostituito con sentenza, in ragione dell'accertamento dell'illegittimità della cessione

Approfondimenti

del ramo di azienda, e nel caso in esame la mancata prestazione lavorativa è imputabile al solo datore di lavoro che diventa unico responsabile della mancata esecuzione del contratto.

I suddetti motivi di ricorso devono essere trattati congiuntamente in ragione della loro connessione. Gli stessi non sono fondati. Occorre premettere che non si verte in ipotesi di conversione del rapporto di lavoro a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato in ragione della illegittimità del termine di durata apposto (sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 2011, richiamata dai ricorrenti). Questa Corte, con la sentenza n. 18740 del 2008 pronunciando in ordine ad una analoga fattispecie avente quale presupposto la dichiarazione della illegittimità della cessione di ramo d'azienda, ha affermato: la soc. Ansaldo Energia con l'ultimo motivo di appello aveva contestato la pronuncia del giudice di primo grado che l'aveva condannata al pagamento delle differenze retributive e al risarcimento del danno ex art. 18 dello statuto dei lavoratori nella misura di cinque mensilità, evidenziando che la dipendente non aveva perso il posto di lavoro, ma aveva solo cambiato datore in applicazione dell'art. 2112 c.c., non traendone alcun pregiudizio economico. Il giudice di appello, pur affermando correttamente che la nullità della cessione del rapporto di lavoro comporta la prosecuzione dello stesso in capo alla soc. Ansaldo nella posizione lavorativa precedentemente occupata dall'attrice, rigettando in toto l'impugnazione non ha modificato la pronuncia del primo giudice che aveva condannata la soc. cedente al risarcimento del danno nella misura di cinque mensilità ed al pagamento delle retribuzioni omesse fino alla reintegra. Nella specie, invece, il rapporto della lavoratrice è proseguito (seppure solo di fatto) con la società acquirente del ramo di azienda, con conservazione per la stessa di tutti i diritti derivanti. Ne consegue che, lavoratori ceduti non è derivato alcun danno da licenziamento illegittimo, non essendoci stato allontanamento dal posto di lavoro. Conseguentemente i lavoratori avrebbero potuto richiedere il risarcimento del danno per l'illegittima cessione del rapporto di lavoro secondo le norme codicistiche sull'illecito contrattuale (art. 1218 c.c. e segg.) e non già secondo la disciplina speciale posta dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (v. Cass. n. 2521 del 1998). Non essendo stata fornita prova di danno, neppure sotto il profilo della perdita delle retribuzioni (o di parte di esse), il motivo deve ritenersi fondato e deve essere accolto.

I principi così enunciati si condividono. Ed infatti, nella cessione di contratto si ha la sostituzione di un soggetto (cessionario) ad altro (cedente) nel rapporto giuridico, il quale rimane - di regola e salvo eccezione, la cui prova deve essere fornita dalla parte interessata - eguale nei suoi elementi oggettivi. L'illecito contrattuale sussistente a carico del datore di lavoro, da luogo ad un'obbligazione risarcitoria in favore del lavoratore in presenza della prova del danno. Nella specie, tuttavia, non è ravvisabile un danno atteso che il rapporto dei lavoratori è proseguito con la società acquirente del ramo di azienda, con conservazione per gli stessi di tutti i diritti derivanti. Tale principio di diritto è stato ribadito con specifico riferimento a fattispecie identiche a quella oggi in esame (nel caso di cessione di ramo d'azienda da parte della Telecom ritenuto inefficace, ma con pagamento delle retribuzioni da parte del cessionario) in numerosi precedenti di questa Corte (cfr. Cass. n. 19490/2014, Cass. n. 16095/2014, Cass. n. 19228/2014 e numerosissime altre).

Il ricorso deve essere rigettato: le spese di lite del giudizio di legittimità - stante l'ormai consolidatissima giurisprudenza di questa Corte - seguono la soccombenza e vanno liquidate come al dispositivo della presente sentenza.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 *quater* D.P.R. n. 115 del 2002 la Corte dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente principale dell'ulteriore importo, a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 *bis* dello stesso articolo 13.

P.Q.M.

La Corte:

rigetta il ricorso. Condanna le parti ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio di legittimità che si liquidano in euro 100,00 per esborsi, nonché in euro 3.500,00 per compensi oltre accessori come per legge. Ai sensi dell'art. 13 comma 1 *quater* D.P.R. n. 115 del 2002 dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente principale dell'ulteriore importo, a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 *bis* dello stesso articolo 13.