

CORTE DI CASSAZIONE

Sentenza 11 settembre 2013, n. 20837

Svolgimento del processo

1 – La sentenza attualmente impugnata (depositata il 6 maggio 2008) accoglie l'appello di L.B. avverso la sentenza del Tribunale di Bari dell' 1 marzo 2005 e, per l'effetto, in totale riforma di tale ultima sentenza, accoglie l'opposizione, proposta dalla B. al decreto ingiuntivo depositato il 6 aprile 2000 nei suoi confronti e in favore di V.B., tal giudice del lavoro del Tribunale di Bari e revoca il decreto stesso.

La Corte d'appello di Bari, per quel che qui interessa, precisa che:

- a) preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione della B. fondata sull'assunto secondo cui nel giudizio di simulazione assoluta volto a far dichiarare l'inefficacia del negozio fra le parti, il litisconsorzio è necessario nei confronti di tutti i soggetti dell'atto impugnato (vedi: Cass. 26 maggio 2004, n. 10151);
- b) infatti, nella specie, l'accertamento del carattere simulato del trasferimento di azienda è stato chiesto in via meramente incidentale – non in via principale – pertanto non si impone la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di F. B., cessionario dell'azienda di cui si discute (vedi: Cass. 8 maggio 2006, n. 10490);
- c) per quel che riguarda il merito, va premesso che l'azienda in oggetto è piccola con meno di 15 dipendenti quindi nella presente fattispecie non si applicano né i principi della giurisprudenza comunitaria né la speciale normativa di cui alla legge n. 428 del 1990 (e il suo art. 47);
- d) detto questo, va rilevato che il Giudice di primo grado è pervenuto alla conclusione del carattere simulato del trasferimento di azienda sulla base di una serie di indizi privi dei requisiti della gravità, precisione e concordanza posti a base delle prove presunte;
- e) si tratta dei seguenti quattro indizi: 1) utilizzazione della donazione anziché della compravendita come strumento negoziale; b) stretto vincolo di parentela tra cedente e cessionario (che sono fratelli); 3) mancanza della qualifica di imprenditore in capo al cessionario; 4) mancata informazione ai dipendenti del trasferimento di azienda;
- f) a proposito dei suindicati indizi va osservato: 1) non si rinviene nulla di sospetto nell'utilizzazione dello strumento della donazione, cui spesso si ricorre fra parenti stretti anche per il favorevole trattamento fiscale (non assoggettabilità a tassazione delle plusvalenze e del valore dell'avviamento); 2) anche lo stretto rapporto di parentela tra cedente e cessionario non è, di per sé, rilevante, al fine della prova della simulazione; 3) quanto alla mancata qualifica di imprenditore del cessionario, va precisato che nessuna norma prevede che il cessionario di una azienda debba essere un imprenditore; 4) infine è del tutto irrilevante la mancata informativa ai dipendenti, visto che solo per le aziende con più di 15 dipendenti è previsto l'obbligo di informare del trasferimento di azienda le OO.SS. (e, quindi, i lavoratori);
- g) all'inadeguatezza dei suindicati indizi va aggiunto che, come si desume dalla visura camerale, l'azienda non è stata liquidata subito dopo la cessione ma ha continuato la propria attività,

il che porta a ritenere che il trasferimento sia stato effettivo e reale;

h) ne consegue che il rapporto di lavoro del B. è proseguito automaticamente con il cessionario – in base all'art. 2112, primo comma, cod. civ. – senza che abbia alcun rilievo, in contrario, il fatto che il lavoratore abbia rassegnato le proprie dimissioni alla cedente proprio perché non intendeva instaurare con il fratello di lei alcun rapporto di lavoro;

i) infatti, poiché il rapporto si è risolto per dimissioni dopo che il trasferimento di azienda si era già verificato, soltanto nei confronti del cessionario poteva essere preteso il TFR.

2 – Il ricorso di V.B. illustrato da memoria domanda la cassazione della sentenza per tre motivi; resiste, con controricorso, L.B..

Motivi della decisione

I – Sintesi dei motivi di ricorso

1. – Il ricorso è articolato in tre motivi.

1.1. – Con il primo motivo il ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360, n. 4, cod. proc. civ.,

nullità del procedimento, proponendo il seguente quesito di diritto: “accerti e dichiari la III.ma Corte adita la nullità del procedimento ... per violazione degli artt. 158 e 159 cod. proc. civ., in quanto il decreto ingiuntivo n. 1086/2000, provvisoriamente esecutivo, emesso dal Tribunale di Bari, Giudice del lavoro dottoressa P., è stato sospeso dal Tribunale di Bari, Giudice del lavoro dottoressa N. con provvedimento datato 21 giugno 2000 a seguito di istanza dell'ingiunto al Giudice Dirigente della Sezione Lavoro del Tribunale di Bari, il quale ha assegnato la causa in data 20 giugno 2000, ai soli fini della sospensione, al Giudice del lavoro dottoressa N.”

1.2. – Con il secondo motivo si denuncia, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., violazione o falsa applicazione: a) degli artt. 102 e 354 cod. proc. civ.; b) dell'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428; c) dell'art. 2112 cod. civ.

Per ciascuno dei suindicati profili di censura si propongono i seguenti quesiti di diritto:

a) “accerti e dichiari la III.ma Corte adita la violazione o falsa applicazione degli artt. 102 e 354 cod. proc. civ. per non avere la Corte d'appello di Bari rimesso al primo Giudice il processo poiché doveva essere integrato il contraddittorio nei confronti di B. F. ex art. 102 cod. proc. civ.”;

b) “accerti e dichiari la III.ma Corte adita la violazione o falsa applicazione dell'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 per non avere l'inapplicabilità della suddetta normativa al caso di specie (circostanza questa pacifica) le conseguenze logico-giuridiche volute dalla Corte” territoriale, consistenti: 1) nel mancato dovere del datore di lavoro di dare notizia alle 00.SS. e quindi ai dipendenti del trasferimento di azienda; 2) nella libertà di forma del trasferimento stesso; 3) nella mancanza di qualificazione del soggetto subentrante come imprenditore;

c) “accerti e dichiari la III.ma Corte adita la violazione o falsa applicazione dell'art. 2112 cod. civ., nella parte in cui si omette di considerare che la corretta applicazione della norma de qua unitamente agli accertamenti di fatto acquisiti nel corso della istruttoria di primo grado comporti una fattispecie meramente apparente e simulata di passaggio di titolarità dell'azienda al solo fine di eludere le garanzie e i crediti dei dipendenti (fatto, quest'ultimo, incontestato tra le parti: è pacifco

che tanto il ricorrente quanto gli altri due dipendenti della ditta, ad oggi non hanno percepito il loro TFR e le ultime due mensilità retributive né da L.B. né da F. B.).

1.3. – Con il terzo motivo si denuncia, in relazione all'art. 360, n. 5, cod. proc. civ., omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, rappresentato dalla affermazione della Corte barese secondo cui nella specie non trovano applicazione i principi della giurisprudenza comunitaria e dalle conseguenze che la Corte stessa ne ha tratto al fine di escludere il carattere simulato del trasferimento di azienda, in contrasto con quanto ritenuto dal giudice di primo grado.

II – Esame delle censure

2. Il primo motivo è inammissibile, in quanto la questione in esso affrontata non risulta essere mai stata dedotta nel giudizio di merito – come risulta anche dalla sentenza impugnata che non vi fa cenno – ed è noto che nel giudizio di cassazione – che ha per oggetto solo la revisione della sentenza in rapporto alla regolarità formale del processo ed alle questioni di diritto proposte – non sono proponibili nuove questioni di diritto o temi di contestazione diversi da quelli dedotti nel giudizio di merito, tranne che non si tratti di questioni rilevabili di ufficio o, nell'ambito delle questioni trattate, di nuovi profili di diritto compresi nel dibattito e fondati sugli stessi elementi di fatto dedotti (Cass. 26 marzo 2012, n. 4787; Cass. 30 marzo 2000, n. 3881; Cass. 30 marzo 2007, n. 7981; Cass. 23 gennaio 2007, n. 1474).

D'altra parte, l'inconveniente lamentato – rappresentato dall'adozione del provvedimento di sospensione dell'esecutività del decreto ingiuntivo in oggetto da parte di un giudice (persona fisica) diverso da quello che aveva emesso il decreto stesso dotandolo di provvisoria esecutività, in base ad un provvedimento di designazione del Giudice Dirigente dell'Ufficio di appartenenza di entrambi i suddetti magistrati – sicuramente non determina un vizio relativo alla costituzione del giudice sanzionato con la nullità insanabile e rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 158 cod. proc. civ., ma neppure dà luogo ad una nullità sottoposta alle sanatorie generali previste dall'art. 157 cod. proc. civ., tra le quali quella determinata dall'acquiescenza manifestata dalla parte interessata a dedurle e neanche rappresenta, di per sé, una mera irregolarità di carattere interno, che comunque, non incide sulla validità dell'atto e non è causa di nullità del giudizio o della sentenza, potendo eventualmente dare luogo soltanto – secondo le regole generali – alle norme in materia di astensione e ricusazione del giudice se, in concreto, ne ricorrono gli estremi.

3. – Per quel che riguarda le altre censure deve essere premesso che, in base ad un consolidato e condiviso orientamento di questa Corte, la normativa che regola la cessione d'azienda non consente di considerare, di per sé, in frode alla legge o concluso per motivo illecito – non potendo ritenersi tale il motivo, perseguito con un negozio traslativo, di addossare ad altri la titolarità di obblighi ed oneri conseguenti – il contratto di cessione dell'azienda a soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali ed in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro (arg. ex Cass. 20 marzo 2013, n. 6969; Cass. 2 maggio 2006, n. 10108).

4. – Detto questo, va precisato che la questione che assume carattere centrale per la soluzione della presente controversia è quella relativa all'individuazione del soggetto obbligato alla corresponsione del trattamento di fine rapporto ai lavoratori, nell'ipotesi di trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 cod. civ.

Tale questione è stata di recente riesaminata da Cass. 22 settembre 2011, n. 19291, che ha affermato il seguente principio di diritto: “in caso di cessione d'azienda assoggettata al regime di cui all'art.

2112 cod. civ. il datore di lavoro cedente rimane obbligato nei confronti del lavoratore suo dipendente, il cui rapporto prosegua con il datore di lavoro cessionario, per la quota di trattamento di fine rapporto maturata durante il periodo di rapporto con lui svolto e calcolato fino alla data del trasferimento d'azienda, mentre il datore di lavoro cessionario è obbligato per questa stessa quota soltanto in ragione e nei limiti del vincolo di solidarietà previsto dall'art. 2112, secondo comma, cod. civ. Invece quest'ultimo, quale datore di lavoro cessionario, è l'unico obbligato al trattamento di fine rapporto quanto alla quota maturata nel periodo del rapporto intercorso successivamente al trasferimento d'azienda”.

Nell'ampia e argomentata motivazione della sentenza si dà conto dell'evoluzione giurisprudenziale riscontratasi sulla indicata questione, rilevandosi che:

- a) parte della giurisprudenza di questa Corte – cui si è uniformata, nella specie, la Corte d'appello di Bari – ha ritenuto che il diritto al trattamento di fine rapporto sorge soltanto al momento della risoluzione del rapporto e quindi, in caso di trasferimento di azienda e di prosecuzione del rapporto di lavoro dei dipendenti col cessionario della medesima, unico debitore del trattamento di fine rapporto deve considerarsi, anche per il periodo passato alle dipendenze del precedente datore di lavoro (cedente), il datore di lavoro (cessionario) che era tale al momento della risoluzione del rapporto di lavoro (Cass. 27 agosto 1991, n. 9189, cui hanno successivamente aderito Cass. 14 dicembre 1998, n. 12548 e, più recentemente, Cass. 9 agosto 2004, n. 15371);
- b) il suddetto orientamento giurisprudenziale però già risultava all'epoca non essere pienamente in sintonia con l'ulteriore orientamento – affermatosi nella giurisprudenza di questa Corte (ex plurimis Cass. 4 luglio 2008, n. 18501) dopo una iniziale pronuncia delle Sezioni unite (Cass. SU 15 dicembre 1990 n. 11945) – secondo cui è possibile l'azione di accertamento dell'ammontare del trattamento di fine rapporto anche in costanza di rapporto, sicché in caso di trasferimento d'azienda, e ben possibile che il lavoratore abbia evocato in giudizio il datore di lavoro cedente durante il periodo di rapporto alle sue dipendenze al fine di ottenere, ad esempio, l'accertamento giudiziale della computabilità, nella base di calcolo del t.f.r., di determinati elementi retributivi, avendo appunto la giurisprudenza più volte riconosciuto che sussiste il suo interesse ad agire; mentre poi al momento della risoluzione del rapporto egli (il datore di lavoro cedente) risulterebbe esonerato da ogni obbligo quanto al t.f.r. maturato dal lavoratore nel periodo alle sue dipendenze;
- c) tuttavia, in tanto è possibile predicare l'esistenza di un interesse ad agire del lavoratore nei confronti del datore di lavoro in quanto sussista una posizione soggettiva tutelata quale diritto di credito, pur non ancora esigibile, del lavoratore medesimo nei confronti del datore di lavoro che simmetricamente versi in una situazione soggettiva di obbligazione, sicché se invece si ritiene che il diritto al trattamento di fine rapporto non solo diventa esigibile, ma proprio sorge unicamente in capo al datore di lavoro cessionario al momento della risoluzione del rapporto, risulta poco coerente che il lavoratore possa aver agito in precedenza nei confronti del datore di lavoro cedente ottenendo una pronuncia in ipotesi passata in giudicato che risulterebbe tamquam non esset per l'unico soggetto obbligato: il datore di lavoro cessionario, cui non risulterebbe opponibile il giudicato formatosi;
- d) d'altra parte, questa antinomia non può essere risolta ipotizzando che il diritto di credito abbia ad oggetto solo l'informazione sull'ammontare dell'accantonamento perché l'interesse del lavoratore, che sorregge l'azione, è, invece, proprio quello, in ipotesi, all'accertamento della computabilità nel t.f.r. di determinati elementi retributivi;
- e) inoltre, il primo orientamento giurisprudenziale di cui si è detto (quello inaugurato da Cass. 27 agosto 1991, n. 9189, cit.) è stato recentemente messo in crisi, da una pronuncia – Cass. 23

novembre 2009, n. 24635 – che ha esaminato il rapporto tra la disciplina di carattere generale dell'art. 2112 cod. civ. e quella speciale contenuta nell'art. 90 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, riguardante la liquidazione coatta amministrativa di istituti bancari;

f) infatti, questa pronuncia – affermando che il credito del lavoratore per il trattamento di fine rapporto relativo al periodo maturato prima della cessione è opponibile al cessionario soltanto se risulta dallo stato passivo dell'istituto cedente – si è posta in consapevole contrasto – operando così un revirement in materia – con altra precedente giurisprudenza che viceversa, richiamando proprio l'orientamento secondo cui il diritto al trattamento di fine rapporto sorge soltanto in capo al datore di lavoro cessionario, aveva ritenuto che l'importo per il trattamento di fine rapporto non fosse soggetto a questa particolare disciplina, secondo cui il credito è opponibile all'istituto cessionario soltanto se risultante dallo stato passivo della Banca cedente;

g) in particolare – ha affermato Cass. 23 novembre 2009, n. 24635 – l'erroneità della “tesi..., che nega la maturazione di alcuna pretesa del lavoratore, quanto al trattamento di fine rapporto, prima della cessazione del rapporto di lavoro”, mentre “il meccanismo di accantonamento previsto dall'art. 2120 cod. civ. permette di ravvisare diritti soggettivi del lavoratore anche nel corso del rapporto, tutelati sia con l'azione di mero accertamento sia con l'azione di condanna al pagamento delle anticipazioni permesse dallo stesso art. 2120 cod. civ.”;

h) per altro verso pacifica è la funzione del t.f.r. come retribuzione differita, che matura anno per anno attraverso il meccanismo dell'accantonamento e della rivalutazione (vedi, tra le tante: Cass. 5 agosto 2005, n. 16549), tanto che in alcune pronunce si è parlato di quota differita della retribuzione, condizionata suspensivamente, quanto alla riscossione, dalla risoluzione del rapporto di lavoro (vedi: Cass. 17 dicembre 2003. n. 19309);

i) il carattere retributivo del t.f.r. implica anche un rapporto di corrispettività tra prestazione lavorativa e controprestazione dovuta dal datore di lavoro che della stessa abbia beneficiato sicché quest'ultimo, anche in ragione di tale nesso di sinallagmaticità, non può non essere il primo soggetto obbligato a corrispondere la quota di retribuzione;

l) dell'esistenza di un diritto di natura retributiva che matura in ragione dell'esecuzione della prestazione lavorativa, ma diventa esigibile solo al momento della risoluzione del rapporto, costituisce poi indicazione univoca anche la disciplina dell'anticipazione del t.f.r. in costanza di rapporto di lavoro, che viene “detratta”, a tutti gli effetti, dal trattamento di fine rapporto (art. 2112, nono comma, cod. civ.);

m) questa diversa ricostruzione, derivante dal revirement di Cass. 23 novembre 2009, n. 24635, trova poi eco nella giurisprudenza tributaria di questa Corte che in sostanza ha considerato maturato progressivamente, di anno in anno, il diritto al t.f.r. perché ha ritenuto applicabile il regime fiscale via via vigente, e non già quello del momento della cessazione del rapporto, come dovrebbe essere invece se il diritto al t.f.r. maturasse tutto (e non già fosse solo esigibile) in tale momento;

n) il problema si è posto per il trattamento fiscale della quota di t.f.r. relativa al lavoro prestato all'estero da parte del lavoratore che poi abbia proseguito il rapporto in Italia fino alla sua risoluzione e al riguardo Cass. 14 agosto 2002, n. 12201, ha affermato che il trattamento di fine rapporto costituisce un diritto di credito, a pagamento differito, di natura sostanzialmente retributiva, il quale matura anno per anno in relazione al lavoro prestato e all'ammontare della retribuzione dovuta (e degli accessori aventi natura retributiva), sicché, quanto all'imposta sul reddito (IRPEF), il t.f.r. relativo ad annualità di retribuzione corrisposte per lavoro prestato all'estero deve beneficiare, ai sensi del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, artt. 2 e 3 applicabile

ratione temporis, del regime fiscale di non assoggettamento ad IRPEF (in senso conforme: Cass. 4 novembre 2008, n. 26438; Cass. 26 maggio 2005, n. 11175, che in particolare ha ribadito trattarsi di un diritto di credito a pagamento differito).

5. – Sulla base di tali articolate argomentazioni, Cass. 22 settembre 2011, n. 19291 ha ritenuto di poter portare “ad ulteriore sviluppo e generalizzazione” l’orientamento espresso dalla sentenza n. 24635 del 2009 cit. “con l’affermazione che il diritto al trattamento di fine rapporto ex art. 2020 cod. civ. matura progressivamente in ragione dell’accantonamento annuale, mentre soltanto l’esigibilità del credito è rinviata al momento della cessazione del rapporto, e anche la relativa prescrizione può decorre da tale data” (vedi: Cass. 18 febbraio 2010, n. 3894).

Conseguentemente, “in caso di trasferimento d’azienda e di prosecuzione del rapporto di lavoro alle dipendenze del cessionario ex art. 2112 cod. civ. il datore di lavoro cedente è obbligato, al momento della risoluzione del rapporto di lavoro, successivo al trasferimento stesso, al pagamento delle quote di t.f.r. maturate fino alla data del trasferimento d’azienda e per tale credito del lavoratore sussiste il vincolo di solidarietà tra cedente e cessionario previsto dall’art. 2112, secondo comma, cod. civ., invece unico obbligato al trattamento di fine rapporto, quanto alla quota di t.f.r. maturata nel periodo del rapporto successivo al trasferimento d’azienda, è il datore di lavoro cessionario”.

6. – Il Collegio intende dare continuità all’indirizzo espresso dalla richiamata sentenza n. 19291 del 2011, cui già si è uniformata la successiva giurisprudenza (vedi, per tutte; Cass. 14 maggio 2013, n. 11479).

Ne consegue che la sentenza impugnata deve essere cassata nella parte in cui la Corte barese ha affermato – seguendo l’indirizzo (originariamente espresso da Cass. 27 agosto 1991, n. 9189) che è stato superato prima dalla sentenza n. 24635 del 2009 e poi, in via generalizzata, dalla sentenza n. 19291 del 2011- che, essendosi il rapporto di lavoro di V.B. risolto per dimissioni dopo che il trasferimento di azienda si era già verificato, unico debitore del trattamento di fine rapporto deve considerarsi, anche per il periodo passato alle dipendenze del precedente datore di lavoro (cedente), il datore di lavoro (cessionario).

Alla suddetta statuizione consegue l’assorbimento di ogni altro profilo di censura.

III – Conclusioni

7. – In sintesi, il primo motivo di ricorso va dichiarato inammissibile. Per il resto il ricorso deve essere accolto, nei suindicati limiti e per le ragioni dianzi esposte, con assorbimento di ogni altro profilo di censura.

La sentenza impugnata deve essere, quindi, cassata, in relazione alle censure accolte, con rinvio, anche per le spese del presente giudizio di cassazione, alla Corte d’appello di Lecce, che si atterrà, nell’ulteriore esame del merito della controversia, a tutti i principi su affermati e, quindi, anche al seguente:

“in caso di cessione d’azienda assoggettata al regime di cui all’art. 2112 cod. civ. il datore di lavoro cedente rimane obbligato nei confronti del lavoratore suo dipendente, il cui rapporto proseguirà con il datore di lavoro cessionario, per la quota di trattamento di fine rapporto maturata durante il periodo di rapporto con lui svolto e calcolato fino alla data del trasferimento d’azienda, mentre il datore di lavoro cessionario è obbligato per questa stessa quota soltanto in ragione e nei limiti del vincolo di solidarietà previsto dall’art. 2112, secondo comma, cod. civ. Invece quest’ultimo, quale datore di

lavoro cessionario, è l'unico obbligato al trattamento di fine rapporto quanto alla quota maturata nel periodo del rapporto intercorso successivamente al trasferimento d'azienda”.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il primo motivo del ricorso accoglie per il resto il ricorso, cassa la sentenza impugnata, in relazione alle censure accolte, e rinvia, anche per le spese del presente giudizio di cassazione alla Corte d'appello di Lecce.