

N. 321/2020 REG. GEN.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI MILANO – Sez. Lavoro

La dott.ssa Sara Manuela MOGLIA, in funzione di giudice del lavoro, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al numero di ruolo generale sopra riportato, promossa con ricorso depositato in data 16 gennaio 2020

da

elettivamente domiciliato in _____ presso lo studio
degli avv.ti _____ e _____ del forc _____ che lo
rappresentano e difendono per delega in calce al ricorso introduttivo.

ricorrente

contro

Entrambi elettivamente domiciliati in Milano, viale Monte Nero, 28 presso lo studio dell'avv. Antonio PIRONTI e dell'avv.to Massimo LARATRO che li rappresentano e difendono come da delega allegata al ricorso nella fase sommaria.

convenuta

OGGETTO: opposizione ad ordinanza ex art. 1 l.n. 92/12

Conclusioni delle parti: come in atti

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 16 gennaio 2020, la società _____ ha proposto opposizione avverso l'ordinanza, emessa al termine della fase sommaria, con la quale



questo giudice, accogliendo il ricorso dei lavoratori, ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento intimato a _____ e _____ e ordinato la loro reintegrazione nonché il pagamento dell'indennità risarcitoria.

Con la presente opposizione, la società ha chiesto che, in riforma dell'ordinanza, venga dichiarata l'inammissibilità delle domande avversarie; il rigetto con condanna per lite temeraria; in via subordinata che, dall'indennità risarcitoria, sia detratto l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percepiendum*.

Questi i motivi dell'opposizione:

- erroneità dell'ordinanza laddove si è ritenuta necessaria e, pertanto colposamente omessa la procedura prevista per il licenziamento collettivo;
- erroneità dell'ordinanza laddove si è ritenuto che il mero cambio appalto non costituisce di per sé elemento giustificativo del licenziamento;
- erroneità dell'ordinanza laddove si è ritenuto violato l'obbligo di *repechage* in presenza di una necessità di formazione per la ricollocazione dei lavoratori;
- erroneità dell'ordinanza per mancata pronuncia in merito all'*aliunde perceptum*.

Si sono costituiti i resistenti che hanno domandato la conferma dell'ordinanza; in subordine e per il caso di riforma, la tutela indennitaria di all'art. 18, commi 5 e 6 , st. lav.

Inutilmente esperito il tentativo di conciliazione, omessa ogni attività istruttoria, all'udienza dell'11 giugno 2020, la causa è stata discussa e quindi trattenuta in discussione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'opposizione va rigettata.

Con un primo motivo di opposizione, la società denuncia l'erroneità dell'ordinanza per aver ritenuto necessaria l'applicazione della procedura prevista dalla legge n. 223/91.

A sostegno di tale doglianza, _____ richiama quella che definisce la *lex specialis* per il settore dei call center, ovvero: l'art. 1, comma 10, l.n. 11/2016, l'art. 53 CCNL Telecomunicazioni e l'art 7 l.d. 248/2007.

Il ragionamento proposto contiene, tuttavia, una contraddizione.

Secondo parte opponente, la disciplina dettata per il settore dei call center prevede che, in occasione di un cambio appalto, vi sia continuità nei rapporti di lavoro dei dipendenti addetti.

La continuità è concetto e termine che, in effetti, si legge nell'art. 1 l.n. 11/2016 e nell'art. 53 CCNL, ma a cui non è possibile dare l'interpretazione, meglio il significato preteso dalla società.



Se per continuità si dovesse intendere la prosecuzione del rapporto dalla società uscente alla società subentrante senza alcuna interruzione, non si comprende per quale ragione la stessa _____ abbia proceduto al licenziamento.

Il licenziamento è atto che determina un'interruzione del rapporto in corso e certo non è compatibile con una continuità del medesimo.

Se il rapporto degli addetti al call center, quindi, dei due odierni opposti fosse proseguito sic et simpliciter, in forma automatica, presso la società subentrante, verosimilmente, il presente giudizio non sarebbe stato incardinato.

Il ricorso, laddove proposto, avrebbe potuto aver per oggetto, per esempio, l'inadempimento della società subentrante verso i lavoratori, ma, certamente diverso sarebbe stato il rito prescelto e la controparte processuale.

La scelta del rito e della convenuta nella fase sommaria non è dipesa da _____ ma ad _____ va, certamente, ricondotto l'atto negoziale che i lavoratori hanno voluto impugnare.

Se non vi fosse stato licenziamento, non vi sarebbe stata impugnazione.

Se la società ha ritenuto di fare questa scelta, ovvero licenziare è perché, _____ per prima non attribuisce al concetto di continuità il significato che oggi pretende venga dato dal giudice.

Per prima, _____ ha interpretato il concetto di continuità in termini atecnici.

Diversamente, non si comprende proprio per quale ragione abbia proceduto all'interruzione del rapporto.

In questo senso si è detto che il ragionamento offerto dalla società opponente per denunciare l'erroneità dell'ordinanza contiene una contraddizione.

Sulla base delle norme che invoca, meglio del senso che alle norme pretende di dare, la conclusione non potrebbe essere che nel senso che nessun licenziamento avrebbe dovuto esservi.

Se vi è stato, è perché la continuità di cui alla legge ed al CCNL deve essere interpretata come obbligo per la società subentrante di assumere i lavoratori addetti all'appalto e non già nel senso della prosecuzione, senza soluzione di continuità, del rapporto.

La questione di diritto che sottostà al giudizio a cui si è chiamati a rispondere non va quindi impostata sull'alternativa tra licenziamento e non licenziamento, quanto, semmai sulle verifica circa la legittimità della modalità con cui il licenziamento è stato intimato.

Più nello specifico, se per il licenziamento de quo fosse o meno necessario il rispetto della procedura prevista dalla legge n. 223/91.

Erra, infatti, la difesa opponente nel richiamare fattispecie del tutto diverse da quella in esame e nell'assimilare istituti quali la cessione d'azienda con l'ipotesi del cambio appalto.

Come si è detto, nello specifico vi è stato un licenziamento e il licenziamento determina una frattura del rapporto precedente che si pone in totale antinomia con la prosecuzione del rapporto con l'eventuale successivo datore di lavoro.

Tenuto conto di come la società ha interpretato le disposizioni oggi invocate e quindi della ritenuta necessità di un licenziamento, non può che concludersi che



stessa ha interpretato la disposizione di legge e la clausola sociale in maniera diversa da come ha impostato la sua difesa e da come il difensore ha preteso fare in sede di discussione.

Come già detto, al di là del fatto che, anche in concreto, il rapporto precedente e quello sarebbe, eventualmente, sorto con la società subentrante presentavano delle differenze, l'intenzione del legislatore, delle parti sociali e dei soggetti che di tali disposizioni ne hanno fatto applicazione non poteva che essere nel senso di concepire la continuità come espressiva di un obbligo di assunzione in capo alla società subentrante, obbligo che doveva assicurare ai dipendenti della società uscente la prosecuzione del loro stato occupazionale.

Continuità, quindi, non del rapporto, ma dell'occupazione.

Accertato, quindi, che un licenziamento vi è stato, che questa è stata la scelta di Olisistem, occorre ora verificare se le modalità scelte per tale decisione sono state legittime e conformi a legge.

A riguardo, va, anzitutto richiamata e confermata, in parte qua, l'ordinanza qui opposta:.

“La decisione datoriale risulta però viziata anche sotto altro profilo, ovvero l'omessa osservanza delle procedura dettata per il licenziamento collettivo.

Come si è detto, l'art. 7 citato consente la deroga della disposizione laddove vi sia "l'acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto e nei confronti dei lavoratori riassunti dall'azienda subentrante a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative".

E' pacifico nel caso di specie che gli odierni ricorrenti non siano stati riassunti dall'impresa subentrante.

ritiene, comunque, di essere stata esonerata dall'obbligo di osservare la procedura di cui al citato art. 24 l.n. 223/91 atteso l'impegno assunto dalla società subentrante ed il fatto che il licenziamento non poteva che precedere la nuova assunzione non realizzatasi anche per colpa dei due dipendenti che non hanno presentato le loro candidature.

Il fatto in sé è pacifico (cfr. verbale di interrogatorio libero delle parti), ma il problema è se si tratti di circostanza rilevante.

La norma di cui al predetto art. 7 utilizza espressioni quali “acquisizione” e “lavoratori riassunti” sicchè, sotto il profilo letterale dovrebbe intendersi che la deroga possa intervenire solo laddove vi sia la costituzione di un nuovo rapporto con la società subentrante.

L'accoglimento di tale tesi rende manifesta l'illegittimità del licenziamento posto che, a fronte della teorica applicabilità dell'art. 24 l.n. 223/91 e della non ricorrenza della deroga, la società non ha osservato la procedura collettiva. La difesa resistente ha, tuttavia, argomentato che l'assunzione presso la subentrante, presuppone il licenziamento che, in quanto atto temporalmente precedente, non può avvenire quando ancora non vi è stata costituzione del nuovo rapporto con la conseguenza che la deroga deve poter scattare in presenza di un accordo sindacale e di un impegno all'assunzione da parte del nuovo appaltatore, senza che le vicende successive, tra cui la mancata assunzione, possano esserle imputate

Le lettura della norma che, in effetti potrebbe avere una sua giustificazione logica e che in passato, si è anche seguito, a seguito di una lettura più meditata non può essere ulteriormente condivisa soprattutto in riferimento al caso in esame.



L'accordo sindacale sottoscritto il 25 luglio 2019 dal quale la società ricava la deroga alla procedura collettiva prevedeva sì un generale impegno di _____ all'assunzione, ma correlativamente, era prevista una procedura a tappe: entro il 31 luglio 2019, i lavoratori interessati e di cui all'allegato foglio 1 avrebbero dovuto presentare le proprie candidature inserendo i propri dati anagrafici nel sito dell'impresa subentrante; _____ avrebbe poi dovuto licenziare per cambio appalto con decorrenza dal 6 agosto 2019 senza preavviso; le proposte di assunzione sarebbero intervenute dal 7 agosto 2019.

Nella specie, il licenziamento è intervenuto ancor prima della scadenza del termine per le candidature sicchè, in quel momento, era pacifico che i due ricorrenti, che non avevano ancora inserito i loro dati e che mai li avrebbero inseriti, non sarebbero stati destinatari di alcuna proposta contrattuale.

Non essendosi verificata la condizione che avrebbe consentito il passaggio alla nuova società, era già accertato che i ricorrente non avrebbero fatto parte del contingente acquisito o riassunto dall'impresa subentrante con la conseguenza che la deroga all'art. 24 l.n. 223/91 mai avrebbe dovuto e potuto operare”

Con l'opposizione, la difesa di _____ ritiene doversi escludere l'applicazione della procedura di cui alla legge n. 223/91 sulla base di due argomenti: l'uno di carattere pratico basato sulla difficoltà di contemperare l'esigenza di una celere assunzione dei lavoratori presso la società subentrante con i tempi richiesti dalla procedura; l'altro di natura giuridica basato sulla lettura dell'art. 7 dl 248/2007.

Quanto al primo, si tratta di profilo che esula dall'ambito di analisi riservato alla sottoscritta; quanto al secondo, si ritiene che l'espressione “riassunti” riferita ai lavoratori esprima una condizione unica ed essenziale per derogare alla disciplina dei licenziamenti collettivi e non alternativa.

In sostanza, si ritiene che la riassunzione dei lavoratori a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali o a seguito di accordi collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali sia la condizione unica e imprescindibile per evitare la procedura collettiva.

Non si comprende quale sia il significato che la difesa vuole dare alla disposizione separando il rinvio ai contratti collettivi dagli accordi collettivi e sottolineando la disgiuntiva “O”.

L'elemento grammaticale vale a distinguere le due fonti in base alle quali è prevista la riassunzione, ma non può essere utilizzata per escludere la necessità della riassunzione.

In sostanza ed ancora una volta, tenuto conto che vi è stato un licenziamento e che ciò è pacifico, che un licenziamento interrompe il rapporto a cui afferisce e non lo può far proseguire, che quindi è solo questione di verificare come tale licenziamento andava intimato, la disciplina di cui all'art. 7 citato non stabilisce certo che la presenza di accordi collettivi esclude la necessità del licenziamento collettivo, quanto piuttosto che la riassunzione che può derivare, questa sì da contratti O accordi collettivi, esclude il ricorso alla procedura di cui sopra.

Ora, posto che nella specie è pacifico che non vi è stata riassunzione, irrilevante è stabilire se la stessa fosse, in termini teorici, prevista da una fonte o da un'altra, il datore di lavoro doveva procedere al licenziamento collettivo.



Il primo motivo di doglianza risulta, quindi, infondato.

Quanto al secondo, la società contesta l'ordinanza sull'assunto che erroneo sarebbe il ragionamento del giudice che ha ritenuto che il cambio appalto non costituisse in sé giustificato motivo oggettivo.

Sul punto si richiama l'ordinanza i cui passaggi motivazionali appaiono mal interpretati dalla difesa opponente:

“I principi giurisprudenziali in materia possono essere così riassunti:

in materia di cambio appalto, laddove, in forza di clausole sociali e per dettato normativo, sia prevista la prosecuzione del rapporto di lavoro presso la società subentrante, tale regime appresta ai lavoratori coinvolti una tutela che non si sostituisce a quella che consente al dipendente di contestare ed impugnare il licenziamento (cfr. Cass. 20 novembre 2018 n. 29922; Corte Appello Milano n. 72/19 e Corte d'Appello Salerno n. 366/15 citate dalla difesa ricorrente).

Se è pur vero che il rapporto con la società subentrante è un rapporto creato ex novo pur a condizioni omogenee, e, di fatto, la costituzione del nuovo rapporto passa attraverso la cessazione del rapporto con l'impresa uscente, non da meno, questa non può sottrarsi all'osservanza delle disposizioni sostanziali e procedurali dettate in materia di licenziamento e quindi, anzitutto, al vincolo di procedere al licenziamento in presenza di un giustificato motivo oggettivo che, quindi, va enunciato e dimostrato.

Il cambio appalto non è, invero, ragione sufficiente per procedere al licenziamento dovendo, il datore di lavoro, dichiarare in che modo tale circostanza incida sul rapporto di lavoro del singolo lavoratore (nesso di causalità), in che misura ciò determini la necessità della riduzione della forza lavoro e per quali ragioni non si sia potuto procedere alla ricollocazione dei lavoratori.

Se la perdita dell'appalto può associarsi ad una diminuzione delle entrate, il rapporto causa effetto non è sempre così scontato atteso che la società uscente potrebbe anche avere, comunque, possibilità di ridistribuire i propri lavoratori sugli appalti rimasti o, a fronte della perdita di un cantiere, vedere l'acquisizione di un altro al quale assegnare le risorse.

Ciò premesso, nella lettera di licenziamento inviata agli odierni ricorrenti, si legge che il recesso è giustificato unicamente per cambio appalto ed al fine di agevolare il passaggio dei lavoratori all'impresa subentrante.

La lettera denuncia un primo vizio; come si è detto la giurisprudenza (cfr. ex plurimis Cass. n. 29922/18) ha stabilito che la tutela riservata ai lavoratori per effetto di clausola sociale o di specifica disposizione di legge finalizzata alla prosecuzione del rapporto di lavoro accorda agli stessi una tutela aggiuntiva senza sottrarre ai medesimi la

Firmato Da: MOGLIA SARA MANUELA Emesso Da: ArubaPEC S.p.A. NG CA 3 Serial#: 3fe5c75397a5a3e8066639e43e5eb40a - Firmato Da: DE MARTINO GIUSEPPINA Emesso Da: ArubaPEC per CA di firma qualificata Serial#: 61466924aa5163a83125844b9d11d752



facoltà di impugnare il licenziamento in quanto illegittimo; illegittimità che si riscontra laddove il datore non sia riuscito a dimostrare le ragioni del recesso o l'impossibilità di reimpiegare il lavoratore.

Nel caso in esame, _____ non era appaltatrice solo della commessa _____ i passata poi a _____ : riprova di quanto sopra si ha per stessa ammissione della società che riconosce di aver ricollocato ben undici dei lavoratori addetti all'appalto poi perduto.

Tale ammissione avrebbe richiesto la spiegazione del perché, nonostante la presenza di altre commesse, i ricorrenti siano stati licenziati; meglio, per quali ragioni loro non siano stati annoverati nel gruppo dei lavoratori ricollocati; quali specifiche ragioni hanno fatto ricadere la scelta sugli altri e non su di loro.

Tale vizio attiene all'insussistenza del giustificato motivo oggettivo che non risulta dimostrato né sotto il profilo delle ragioni economiche sia sotto il profilo dell'obbligo di repechage.

Con la decisione opposta, non si è inteso dire che il cambio appalto non costituisce ragione valida per integrare il giustificato motivo oggettivo, ma che tale fatto può non essere sufficiente a rendere legittimo il recesso.

E noto che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nel quale si annovera anche quello per cambio appalto, può dirsi legittimo allorché sia supportato da ragioni tecnico economiche, tra le medesime e la posizione del lavoratore vi sia un nesso di causalità, la scelta del datore di lavoro di recedere non consentiva alternative, ovvero la ricollocazione del lavoratore.

Con l'ordinanza, si è voluto dire che, fermo il cambio appalto, fatto pacifico, fermo anche il nesso di causalità, la società, per come si è comportata e per le scelte imprenditoriali assunte, ha dimostrato di non aver spiegato l'impossibilità di una ricollocazione dei due lavoratori licenziati.

Avendo provveduto, nei fatti, alla ricollocazione di ben undici dipendenti del medesimo appalto e commessa, non ha spiegato perché ha salvato tali posti di lavoro non includendo nella ricollocazione anche gli odierni opposti.

Non può essere condiviso il passaggio del ricorso in opposizione nel quale il difensore scrive: *"in ogni caso, la scelta di investire un certo importo economico in formazione su di un dipendente piuttosto che su di un altro rientra evidentemente nelle scelte insindacabili dell'imprenditore e nulla ha a che fare con il repechage"*

A riguardo ci si permette solo di ricordare che, laddove la scelta dell'imprenditore impatta sul rapporto di lavoro determinandone l'interruzione, la decisione non è e non può essere del tutto sottratta al sindacato giurisdizionale.

Se così fosse dovremmo, con un solo gesto, eliminare dal quadro normativo tutte le norme che riguardano la disciplina dei licenziamenti con buona pace delle conquiste fatte anche dalle parti sociali rappresentative di ciascuna categoria.

Senza dubbio, in una situazione diversa dal licenziamento, la libertà delle scelte imprenditoriali è garantita dalla Costituzione sicché, il sindacato del giudice è davvero circoscritto; quando, però, si è di fronte ad un licenziamento e la scelte impattano sul medesimo, l'ambito di libertà si riduce.

Per entrare nello specifico, non può essere certo il giudice a sindacare il perché si è deciso di formare il lavoratore 1 invece che il lavoratore 2, ma se la decisione ha determinato la conservazione del posto di lavoro del primo e l'interruzione del



rapporto di lavoro del secondo, allora perché la decisione sia legittima, il datore di lavoro deve spiegare il perché della propria scelta.

Nel caso in esame, la società, di fronte al rilievo di aver ricollocato 11 dei lavoratori assegnati alla medesima commessa e di non aver riferito il perché tra gli undici non ha incluso anche i ricorrenti, ha, nell'atto introduttivo di opposizione, specificato che i dipendenti indicati a pag. 36, eccettuati _____ e _____ erano stati allocati alla commessa _____ e _____.

Si tratta di circostanza nuova non dedotta nella memoria di costituzione nella fase sommaria.

In ogni caso, dalla deduzione non è dato comprendere quando tale allocazione sarebbe avvenuta, quali competenze tecniche i predetti lavoratori avevano a differenza degli odierni opposti.

Di fronte all'ordinanza che ha ritenuto illegittimo il licenziamento anche per tale ragione, era onere della società meglio specificare l'allegazione.

Così formulata, la stessa mai avrebbe potuto formare oggetto di prova per testi ai quali non può, certo, essere rimessa la specificazione di fatti e circostanze sui cui grava l'onere probatorio della singola parte.

Le ragioni sopra illustrate assorbono in sé anche la doglianza relativa all'obbligo di repechage.

Quanto, infine alla doglianza per la quale il giudice avrebbe omesso la pronuncia in ordine alla domanda di detrazione dell'aliunde perceptum, debbono richiamarsi i seguenti principi di diritto fatti propri dalla Corte di Cassazione:

“In tema di azione per risarcimento danni, grava in capo al convenuto l'onere della prova (positiva) di diverse opportunità di guadagno e non in capo al danneggiato la prova (negativa) della mancanza di esse; il c.d. " aliunde perceptum", non costituendo oggetto di eccezione in senso stretto, è però rilevabile d'ufficio dal giudice se le relative circostanze di fatto risultano ritualmente acquisite al processo” (ordinanza n. 30330/19)

“In tema di azione per risarcimento danni, la circostanza che il lavoratore ingiustamente estromesso (così come quello ingiustamente licenziato) abbia, nelle more del giudizio, lavorato e percepito comunque un reddito (cd. "aliunde perceptum") rappresenta un fatto impeditivo della pretesa attorea e deve essere provato da colui che lo eccepisce, non da chi invoca il risarcimento, in applicazione del generale precetto di cui all'art. 2697 c.c (cfr. Sez un. N. 1099/98) (Cass. n. 1636/2020).

Alla stregua di quanto sopra, va considerato che, nella memoria di costituzione della fase sommaria, la società si è limitata ad una domanda di esibizione di contratti di lavoro, domanda che ha reiterato in questa sede.



Nulla, invece, ha dedotto o offerto di provare in merito all'aliunde perceptiendum

In sede di interrogatorio libero, il sig. _____ ha riferito di aver intrapreso un nuovo contratto di lavoro dal 2 dicembre 2019.

Nulla è dato sapere per il sig. _____ non comparso in udienza.

Mentre, in ossequio anche ai principi sopra riportati, il giudice non può ignorare il dato acquisito sicchè dall'indennità risarcitoria accordata al sig. _____ dovrà essere detratto quanto percepito per tale nuova occupazione, nulla si ritiene di dover disporre in ordine al sig. _____ o posto che la società ben avrebbe potuto offrire al giudice un principio di prova di un'attuale nuova occupazione, non potendo ammettersi che sia rimesso al giudice l'onere di sopperire a quanto compete alla parte.

Per tutte le ragioni sopra riportate, l'opposizione va rigettata con la sola detrazione dell'aliunde perceptum.

Dalla prevalente soccombenza deriva l'obbligo per la società della rifusione delle spese processuali così come liquidate in dispositivo

p.q.m.

Il Tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunciando, così decide:

- in parziale riforma dell'ordinanza opposta, dispone che dall'indennità risarcitoria spettante al sig. _____ sia detratto l'aliunde perceptum; dal 2 dicembre 2019;
- rigetta per il resto l'opposizione;
- condanna la società alla rifusione delle spese di lite sostenute dagli opposti, spese liquidate, in via solidale in favore dei medesimi, in € 3000 oltre accessori di legge.

Milano 12 giugno 2020

Il giudice
Dott.ssa Sara Manuela MOGLIA

