

**Civile Sent. Sez. L Num. 26808 Anno 2018**

**Presidente: NOBILE VITTORIO**

**Relatore: CURCIO LAURA**

**Data pubblicazione: 23/10/2018**

**SENTENZA**

sul ricorso 27752-2013 proposto da:

UNDERGROSS S.R.L. P.I. 01943940443, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA NIZZA 45, presso lo studio dell'avvocato LUCIANO MARIANI, rappresentata e difesa dall'avvocato PAOLO CAMPANATI, giusta delega in atti;

**- ricorrente -**

2018

1458

**contro**

MOSCA DANIELA, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA LUCREZIO CARO 62, presso lo studio dell'avvocato SABINA CICCOTTI, che lo rappresenta e difende

unitamente all'avvocato CHRISTIAN LUCIDI, giusta delega in atti;

- **controricorrente** -

**nonchè contro**

EMMEUNO S.R.L. IN LIQUIDAZIONE;

- **intimata** -

avverso la sentenza n. 485/2013 della CORTE D'APPELLO di ANCONA, depositata il 27/05/2013 R.G.N. 461/2012; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 05/04/2018 dal Consigliere Dott. LAURA CURCIO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RITA SANLORENZO che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato PAOLO CAMPANATI;

udito l'Avvocato CHRISTIAN LUCIDI.

### Svolgimento del processo

Con sentenza del 23.5.2013 la corte d'Appello di Ancona ha respinto il gravame della società Undergross srl avverso la sentenza del Tribunale di Ascoli Piceno che aveva accolto la domanda di Daniela Mosca, diretta a far accertare il suo diritto a differenze retributive tra quanto di fatto percepito e quanto spettante ai sensi di legge e del CCNL del settore commercio, per il periodo dal 1.4.06 al 25.2.2009 , con condanna al pagamento delle somme rivendicate a carico della società Emmeuno Srl in solido con la società cessionaria, per il periodo dal 1.4.2006 sino al 2.2.2008 e a carico della sola società Undergross, attuale ricorrente, per il periodo successivo.

La lavoratrice aveva dedotto di aver lavorato con un unico ininterrotto rapporto in qualità di commessa presso un negozio in Grottammare, prima alle dipendenze della società Emmeuno e poi di fatto ininterrottamente con la società Undergross , subentrata nell'affitto di azienda ai sensi dell'art.2112 c.c.

La corte di merito, ritenuta l'ammissibilità del ricorso di primo grado, ha respinto l'eccezione di insussistenza di una successione tra le due società ed ha confermato l'esistenza di una cessione di azienda ai sensi dell'art.2112 c.c. tra le due società, stanti l'identità di "locali , mezzi ,personale, attività", oltre che l'estrema brevità dell'interruzione del rapporto di lavoro della Mosca tra un datore di lavoro e il successivo, durata solo pochi giorni.

La sentenza ha altresì respinto il motivo di appello della società Undergross relativo alla contestata natura subordinata del rapporto di lavoro, che si sarebbe invece svolto, a dire della società, con un contratto a progetto ed ha ritenuto che l'appellante non avesse enunciato "contenuto e carattere " del progetto e neanche censurato la motivazione della sentenza di primo grado in ordine allo svolgimento di mansioni di commessa da parte della Mosca. Ha comunque ritenuto la corte che la società appellante non avesse fornito prova della natura autonoma del rapporto e di un intervenuto accordo per lo svolgimento di una prestazione di risultato, ritenendo altresì corretto l'inquadramento nel IV livello riconosciuto in primo grado, per avere la lavoratrice svolto attività piene e complete di commessa.

Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso la società Undergross Srl affidato a quattro motivi, cui ha resistito la Mosca con controricorso. Emmeuno in liquidazione è rimasta intima.

#### Motivi della decisione

Con *il primo motivo* la società ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione di norme di diritto in riferimento all'art.2112 c.c. , ai sensi dell'art.360 c.1.n.3 c.p.c. ed anche insufficiente motivazione in merito al difetto di legittimazione passiva della Undergross. Non avrebbe tenuto conto la corte di merito che Undergross aveva stipulato, nel gennaio 2008, un contratto di affitto di ramo di azienda con la concedente Sogen srl, senza aver avuto conoscenza alcuna dei rapporti tra Sogen srl e la precedente società affittuaria Emmeuno Srl e dunque del rapporto di lavoro di quest'ultima con la lavoratrice Mosca. Secondo la ricorrente era emerso dall'istruttoria testimoniale che a fronte del cambio di gestione il punto vendita era rimasto chiuso per una settimana, dal 3.2.2008 al 13.2.2008, emergendo inoltre che sin dalla data del contratto, stipulato il 25 gennaio 2008, la società Emmeuno aveva cessato anticipatamente l'attività. La corte d'Appello avrebbe dovuto pertanto accogliere l'eccezione svolta dall'appellante di carenza di legittimazione passiva di Undergross SRL per quanto atteneva alle pretese economiche della Mosca relative al pregresso rapporto; dovendosi pertanto escludere la sussistenza dei presupposti per ritenere esistente una cessione di azienda ai sensi dell'art.2112 c.c.

Il motivo è infondato. Per potersi affermare l'esistenza di un cessione di azienda nella forma del passaggio di affitto di azienda, non era rilevante che vi fosse una successione tra Emmeuno e Undergross nella titolarità del contratto di affitto di azienda. Ed infatti la fattispecie del trasferimento di azienda di cui all'art.2112 c.c. sussiste ogni qualvolta, rimanendo immutata l'organizzazione aziendale, vi sia soltanto la sostituzione della persona del titolare indipendentemente dallo strumento tecnico - giuridico adottato essendo sufficiente, ai fini dell'integrazione delle condizioni per l'operatività della tutela del lavoratore, il subentro nella gestione del complesso dei beni ai fini dell'esercizio dell'impresa e la continuità nell'esercizio dell'impresa stessa , costituendo un indice probatorio di tale continuità l'impiego del medesimo personale e dei medesimi beni aziendali ( così Cass. n.12771/2012 ). E' inoltre irrilevante che il

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

mutamento sia realizzato in mancanza di vincoli contrattuali diretti tra cedente e cessionario ( cfr cass.n. 21023/2007, Cass. n.21278/2010, Cass. n.8460/2011).

E' ciò che risulta essersi verificato nel caso in esame, in cui le due società Emmeuno e Undergross risultano essersi succedute a distanza di una settimana nel contratto di affitto che ciascuna ha stipulato con la affittante Sogen, proprietaria dell'azienda, così che Undergross risulta aver ripreso l'identica attività imprenditoriale a distanza di pochi giorni dalla srl Emmeuno , avvalendosi della prestazione di lavoro della dipendente Mosca, che veniva riassunta .

Con il *secondo motivo* si deduce l'insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo, ai sensi dell'art. 360 c.1 n.5, per avere la corte motivato insufficientemente in ordine alla eccezione di intederminatezza della domanda avversaria in ragione della omessa produzione nel giudizio di primo grado, da parte della Mosca, di un dettagliato conteggio delle pretese , rendendo così nullo il ricorso .

Con il *terzo motivo* di gravame la società lamenta ancora un' insufficiente motivazione in merito alle risultanze istruttorie e documentali ai sensi dell'art.360 c.1 n.5 c.p.c. : la sentenza avrebbe confuso con quale società la signora Mosca ha stipulato il contratto di lavoro a progetto, risalente al 2.5.2006, società che andava individuata nella Emmeuno srl, ciò emergendo dai documenti prodotti dalla stessa Emmeuno, parte anch'essa appellata. Lamenta poi la ricorrente che le deposizioni rese da alcuni testi sarebbero inattendibili, sia con riferimento al periodo relativo al rapporto intercorso con Emmeuno, sia con riferimento al periodo di rapporto intercorso con la società attuale ricorrente.

Con il *quarto motivo* di ricorso si deduce l'insufficiente motivazione , sempre in relazione all'art. 360 c.1 n.5 c.p.c. per avere la sentenza impugnata recepito acriticamente i conteggi del CTU , senza considerare che il calcolo del TFR era stato effettuato senza tener conto della distinzione dei due rapporti di lavoro con le due diverse società, circostanza rilevante anche al fine di una corretta imputazione nella denegata ipotesi di applicazione dell'art.2112 c.p.c. alla fattispecie in esame.

Il secondo, il terzo ed il quarto motivo sono inammissibili. Deve infatti preliminarmente osservarsi che le censure vengono erroneamente formulate in termini di vizio afferente alla motivazione, per avere la sentenza fornito un'insufficiente e non

compiuta risposta ai motivi di appello inerenti : alla sostenuta nullità della sentenza di primo grado per mancato deposito di conteggi analitici, al mancato accertamento della sostenuta subordinazione ed infine al mancato esame dei conteggi relativi al TFR , erroneamente ritenuti corretti dalla corte territoriale , nonostante la mancata distinzione dei periodi lavorativi della Mosca con le due società affittuarie.

Il secondo motivo tuttavia censura in realtà un *error in procedendo* e non un vizio motivazionale o un omesso esame di fatto decisivo come formulato in rubrica, perché si critica la sentenza di appello per non aver accertato la nullità del ricorso ex art 414 c.p.c., che sarebbe stato inidoneo a raggiungere il proprio scopo, in ragione dell'assenza di conteggi analitici e di elementi in base ai quali quantificare la domanda.

Ora, è vero che in caso di denuncia di un *error in procedendo*, il giudice di legittimità è anche giudice del fatto ed ha il potere di esaminare direttamente gli atti di causa; tuttavia, non essendo il predetto vizio rilevabile "ex officio", è necessario che la parte ricorrente indichi gli elementi individuanti e caratterizzanti il "fatto processuale" di cui richiede il riesame e, quindi, che il corrispondente motivo sia ammissibile e contenga, per il principio di autosufficienza del ricorso, tutte le precisazioni e i riferimenti necessari ad individuare la dedotta violazione processuale ( così Cass. n.2771/2017) . Nel caso in esame nel ricorso di legittimità si omette qualsiasi riferimento al ricorso di primo grado, che non viene trascritto nelle parti rilevanti ai fini del vizio denunciato, neanche indicandosi la collocazione di detto atto nel fascicolo di parte, con evidente violazione degli artt.366c.1.n.6 e 369 c.2^ n.4 c.p.c.

Quanto al terzo motivo, dove ancora si deduce un "insufficiente motivazione", va detto che il controllo previsto dal nuovo n. 5) dell'art. 360 c.p.c. concerne, invece, l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza - dato testuale- o dagli atti processuali - dato extratestuale-, che abbia costituito oggetto di discussione e abbia carattere decisivo e che quindi, ove esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia. L'omesso esame di elementi istruttori, in quanto tale, non integra quindi l'omesso esame circa un fatto decisivo come previsto dalla nuova norma di legge, quando tale fatto storico sia stato

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

comunque preso in considerazione dal giudice, pur non dando conto di tutte le risultanze probatorie astrattamente rilevanti, come avvenuto nel caso in esame.

Nel giudizio di cassazione peraltro è precluso l'accertamento dei fatti , come anche la loro valutazione, a meri fini istruttori e tale divieto è tanto più stringente a seguito della citata modifica dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.. La ricorrente invece proprio tale valutazione finisce per richiedere quando con il terzo motivo formula una richiesta di riesame del merito attraverso richiami alle testimonianze e soprattutto al contenuto di documenti, quali il contratto a progetto stipulato con la srl Emmeuno , peraltro anche genericamente indicati, non trascritti nella parte rilevante, anche in tal caso con un' evidente violazione del principio di autosufficienza di cui all'art.366 c.1.n.6 c.p.c.

Inammissibile anche per mancata specificità e per violazione del principio di autosufficienza è poi il quarto motivo, con cui si censura in via oltremodo generica la mancata valutazione da parte della corte territoriale dei conteggi esposti dal CTU nella consulenza svoltasi in primo grado, consulenza di cui non si precisa nulla e men che meno se ne indica deposito o precisa collocazione nel fascicolo di parte.

Il ricorso deve quindi essere respinto, con condanna della ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio in favore della sola contro ricorrente Mosca, essendo rimasta intimata la SRL Emmeuno; spese che si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite di lite in favore della Mosca che liquida in euro 200,00 per esborsi, euro 4000,00 per compensi professionali, oltre spese generali al 15% ed accessori di legge.

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

Roma , 5 aprile 2018