

Giurisprudenza

Corte d'Appello|Milano|Sezione L|Civile|Sentenza|2 marzo 2023| n. 195

Data udienza 22 febbraio 2023

Integrale

Valutazione arco temporale definibile come orario di lavoro rilevante ai fini retributivi e contributivi - Necessaria la verifica in ordine all'assoggettamento del lavoratore al potere gerarchico del datore di lavoro - Va considerato orario di lavoro anche l'arco temporale trascorso dal lavoratore all'interno dell'azienda - Scopo - Espletamento attività prodromiche ed accessorie allo svolgimento della mansione affidatagli

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE D'APPELLO DI MILANO

SEZIONE LAVORO

nelle persone dei seguenti Magistrati:

Dott.ssa - Presidente rel.

Dott.ssa - Consigliere

Dott.ssa - Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado d'appello avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 1065/22, est. Dott. discussa all'udienza collegiale del 22/2/23 e promossa

DA

(...) (c.f. (...)), (...) (c.f. (...)), (...) (c.f. (...)), (...) (c.f. (...)) e (...) (c.f. (...)), tutti rappresentati e difesi, per delega in calce al ricorso ex art. 414 c.p.c., dagli Avv.ti edi,...presso i quali eleggono domicilio

APPELLANTI

CONTRO

(...) S.p.A., alternativamente denominata (...) S.p.A. (c.f. e P.Iva (...)), in persona del Dott. (...), in virtù dei poteri conferiti con atto del (...) Rep. (...), Racc. (...), rappresentata e difesa per delega in calce dagli Avv.ti prof.... E, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv.to sito in, (...)

APPELLATA

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro, con la sentenza n. 1065/22 rigettava il ricorso, compensando le spese di lite, proposto da (...) e da altri otto litisconsorti, tutti dipendenti di (...) s.p.a. con contratto full time o part time, dalle date e con gli inquadramenti rispettivamente indicati, quali operatori telefonici addetti al servizio 119 nel reparto (...), ricorso diretto ad ottenere, previa declaratoria di parziale nullità e/o inefficacia del paragrafo 4 dell'accordo aziendale stipulato il 27/3/13 tra la datrice di lavoro e CGIL, CISL e UIL, in forza del quale con decorrenza dall'1/7/13 l'attestazione di inizio della prestazione non avviene più attraverso "la strisciatura del badge personale di servizio negli appositi marcatempo situati al piano terra all'ingresso dell'edificio aziendale", bensì attraverso "la registrazione on line dei medesimi sui sistemi informatici aziendali, posti presso le proprie postazioni lavorative" - il pagamento delle somme quantificate per ciascuno di essi a titolo di differenze retributive per il lasso temporale intercorrente tra l'ingresso in azienda e l'inserimento delle credenziali di accesso nel pc da considerare quale effettivo tempo lavorato.

Il giudice a quo osservava innanzi tutto (A) come nell'accordo impugnato (doc. 1 resistente) fosse previsto (punti 1 e 2) che la convenuta stava provvedendo all'accorpamento di diverse sedi, con conseguente esubero di personale attesa l'esigenza di riduzione dei costi totali, attraverso vari interventi, tra cui (punto 4) la nuova disciplina dell'orario di lavoro per il (...) finalizzata a rimodulare le modalità della prestazione degli addetti al reparto e che era altresì specificato che "il presente accordo costituisce un corpo unico ed inscindibile con gli accordi sottoscritti in pari data".

Ciò premesso, riteneva (B) infondata la pretesa azionata, "in virtù del comportamento concludente dei ricorrenti che, non prestando un esplicito dissenso per diversi anni, dal 1/7/13 al deposito del ricorso, nei confronti dell'insieme delle pattuizioni suddette (ossia dei negozi "inscindibili" del 27/3/13) e, in particolare, specificatamente, neppure nei confronti delle clausole relative alle previsioni sull'orario di lavoro menzionate nel negozio in questione, hanno aderito, per acquiescenza, agli stessi.

Infatti, giova rammentare come la Suprema Corte abbia precisato che "i contratti collettivi aziendali sono applicabili a tutti i lavoratori dell'azienda, anche se non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, con l'unica eccezione di quei lavoratori che, aderendo a una organizzazione sindacale diversa, ne condividono l'esplicito dissenso e potrebbero addirittura essere vincolati da un accordo sindacale separato" (Cass. n. 26509/2020).

In questo senso, si deve osservare come le pattuizioni del 27/3/13, in assenza di dissenso esplicito dei lavoratori non iscritti ai sindacati stipulanti, siano venute a regolare pienamente il loro rapporto di lavoro.

Viene, cioè, essere rilevante come, per oltre sette anni, i ricorrenti non abbiano espresso alcun dissenso (non dimostrato in alcun modo) nei confronti dell'accordo aziendale in questione.

Infatti, pur avendo contestato (con dei volantini) l'accordo in parola l'organizzazione a cui aderiscono (doc. 15 ric.), non risulta che, poi, i dipendenti in questione abbiano esternato alcuna adesione al comunicato del proprio sindacato (o a iniziative dello stesso volte a rifiutare i patti in questione, come ad esempio potrebbe essere uno sciopero), ma emerge che, al contrario, per molti anni abbiano beneficiato, non rifiutandola, della piena applicazione di tutta la contrattualistica aziendale, approfittando dei suoi effetti anche favorevoli, incominciando dalla riduzione degli esuberanti affrontata con gli stessi dalle parti collettive con gli strumenti delineati.

In più, risulta pacifico che tali accordi hanno ricevuto continuativa attuazione: ad esempio, è stata applicata anche alla parte attorea, senza riserve, la disciplina sull'orario di lavoro settimanale per 38 ore e 10 minuti (in luogo di 40 ore di cui al C.C.N.L.).

Pertanto, non avendo i lavoratori in questione manifestato alcun dissenso espresso e avendo anzi il loro comportamento concludente mostrato una acquiescenza circa il recepimento degli accordi aziendali del 23 marzo del 2013, che, come anticipato, si debbono considerare inscindibili nelle loro previsioni, sulla base dei principi affermati dalla Suprema Corte, è possibile, allora, affermare che pure il contratto collettivo aziendale impugnato trovi applicazione anche nei confronti dei medesimi".

Il Tribunale di Milano ricordava, ad abundantiam (C), come, ai sensi dell'art.1, comma 1, del D.Lgs. n. 66 del 2003, fosse orario di lavoro "qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni"; che l'espressione "lavoro effettivo" doveva essere intesa "come sinonimo di prestazione lavorativa, comprendendovi anche i periodi di mera attesa o quelli nei quali non sia richiesta al lavoratore una attività assorbente, bensì soltanto un tenersi costantemente a disposizione del datore di lavoro; restano pertanto esclusi dal "lavoro effettivo" soltanto gli intervalli di tempo dei quali il lavoratore abbia la piena disponibilità" (così Cass. n. 15734/03); e come detta interpretazione fosse conforme alla Direttiva Comunitaria 93/104/CE del Consiglio Europeo del 23 novembre 1993 che, all'art. 2, n. 1 e 2, ha stabilito che si intende per "orario di lavoro" "qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali" e per "periodo di riposo" "qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro".

Affermava, pertanto, che l'assunto attoreo (illegittima esclusione ai fini della retribuzione del tempo necessario per giungere dai tornelli d'ingresso fino alla postazione davanti al computer ed all'accesso con le credenziali, poiché, quando in cui vi è il passaggio ai tornelli, si realizzerebbe una messa a disposizione delle energie lavorative un assoggettamento del dipendente al potere gerarchico e disciplinare del datore di lavoro) non era supportato da adeguata allegazione: "I dipendenti, infatti, si sono limitati ad affermare, genericamente, di essere sottoposti al potere direttivo del datore di lavoro sin dal momento in cui timbrano all'ingresso della struttura in cui svolgono la propria prestazione, senza specificare quale sarebbe la disciplina che vincolerebbe il loro tempo dal passaggio dei tornelli fino alla propria postazione. In particolare, non è stato allegato in alcun modo un divieto per gli stessi, durante il tragitto, di effettuare attività proprie e personali, come, ad esempio, parlare al telefono per fini privati, consultare Internet o colloquiare per ragioni diverse da quelle lavorative. Ugualmente, non è stato dedotto alcun tipo di potere direttivo che venga a conformare la loro prestazione in modo da renderla utile e funzionale per la produzione aziendale, in una modalità che ecceda il normale tragitto che qualunque dipendente deve effettuare per raggiungere il luogo dove effettivamente venga poi assoggettato alle direttive del datore di lavoro, cioè la propria postazione".

(...), (...), (...), (...) e (...) denunciano l'erroneità della sentenza n. 1065/22 del Tribunale di Milano, affidandosi a due motivi.

Con il primo ordine di censure (pag. 20 e seg.) impugnano per violazione di legge la ratio decidendi fondata sulla asserita inscindibilità degli accordi del 2013 e sulla asserita intervenuta acquiescenza.

Rilevano di avere sottolineato (cfr. ricorso 414 c.p.c.) come la c.d. "timbratura in postazione" "vada ad incidere su diritti individuali indisponibili del lavoratori, poiché determina un ampliamento dell'orario di lavoro a parità di retribuzione, aggiungendo all'orario fissato dal ccnl una porzione iniziale e una finale (nonché una intermedia, all'inizio e alla fine nella pausa pranzo) non retribuita, in violazione, oltre che dell'art. 1 comma 2 lett. A D.Lgs. n. 66 del 2003, anche dell'art. 36 Cost."; e come il sindacato S. cui sono iscritti non avesse sottoscritto detto accordo e si fosse sempre opposto alla sua applicazione, in particolare alla clausola in questione: "Il Giudice di I grado avrebbe dovuto in primo luogo e innanzitutto domandarsi e verificare se la clausola in questione, come dedotto, fosse contraria a norme imperative (art. 1 comma 2 lett. A D.Lgs. n. 66 del 2003, anche dell'art. 36 Cost.) e dunque nulla. Quindi: a) in caso affermativo non avrebbe dovuto nemmeno porsi un problema di "acquiescenza" e/o "esplicito dissenso" - in quanto una clausola "nulla" può essere impugnata in ogni momento e può essere rilevata anche d'ufficio dal Giudice - e avrebbe dovuto affrontare la questione della "inscindibilità" solo ai fini dell'estensione o meno della nullità all'intero accordo e/o all'insieme degli accordi, non potendo per contro inferirne, come ha fatto, il rigetto del ricorso; b) solo in caso negativo, avrebbe potuto porsi il problema dell'applicabilità della stessa e degli accordi agli attuali appellanti e dunque esaminare la questione della asserita inscindibilità e acquiescenza per comportamento concludente e asserito mancato esplicito dissenso all'insieme degli accordi."

Ciò chiarito, ribadiscono la tesi articolata in primo grado ovvero che "la clausola impugnata è nulla perché in contrasto con il D.Lgs. n. 66 del 2003 che, nel dare attuazione alle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE (che ai sensi dell'art. 15 della prima Direttiva possono essere derogate dal legislatore nazionale e dalla contrattazione collettiva solo in senso più favorevole al lavoratore), ha dettato disposizioni dirette a regolamentare, nel rispetto dell'autonomia negoziale collettiva, i profili di disciplina del rapporto di lavoro connessi all'organizzazione dell'orario di lavoro, stabilendo all'art. 1, comma II, che deve intendersi per "(?) a) "orario di lavoro": qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni (...) b) "periodo di riposo": qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro (...)"

Richiamano giurisprudenza di merito (CA Ancona n. 13/22; CA MI n. 742/22; CA MI n. 782/22) e di legittimità (per tutte Cass. n. 27920/21) "che hanno dichiarato la nullità parziale dell'accordo in relazione alla clausola in questione per violazione di norme inderogabili di legge sull'orario di lavoro e sulla retribuzione (alleg.ti 29/34) e condannato (...) al pagamento delle differenze retributive per il lavoro maturato nel tempo intercorrente dalla strisciatura del badge all'ingresso della sede di lavoro all'accesso alla propria postazione di lavoro con inserimento della password e viceversa per l'uscita dal lavoro".

Rilevano che "gli spostamenti dei ricorrenti dall'ingresso dell'edificio (ove vi sono i tornelli) per raggiungere la postazione di lavoro all'interno della sede aziendale e le operazioni propedeutiche di accensione terminale, inserimento password e numero matricola, clic su inizio e fine turno, inizio e fine pausa pranzo, spegnimento del computer, rientrano nell' "orario di lavoro", così come definito dalla normativa sopra richiamata e secondo l'interpretazione data dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria. Gli spostamenti e le operazioni sopra indicate sono infatti funzionali alla prestazione lavorativa che i ricorrenti devono svolgere: sono attività necessarie e imposte dal tipo di prestazione richiesta e, dunque, soggette all'eterodirezione del datore di lavoro con riguardo al tempo e al luogo di esecuzione."

Sostengono altresì la erroneità della decisione "in considerazione dell'asserita inscindibilità della clausola rispetto all'insieme degli accordi del 2003 e dell'asserito mancato esplicito dissenso degli attuali appellanti a tutti gli accordi del 2013 sino al deposito del ricorso, circostanze che peraltro sono state contestate e si contestano integralmente.

Infatti, la nullità per contrarietà a norma imperativa di un accordo sindacale o di una singola clausola può essere fatta valere in ogni momento dal lavoratore e il Giudice non può esimersi dal dichiararne la nullità (art. 1421 c.c.). L'eventuale rinuncia non potrebbe essere implicita e sarebbe nulla ex art. 2113 c.c..

L'inscindibilità può comportare l'estensione della nullità all'intero accordo, ma giammai può comportare il rigetto del ricorso o la sua inammissibilità (art. 1419 c.c.) ...

T. non ha provato l'inscindibilità della clausola impugnata, ossia il fatto storico che le parti non avrebbero concluso il contratto sindacale e le altre intese del 2013 senza quella clausola (né ha invocato la nullità dell'intero contratto, come era suo onere ai sensi dell'art. 1419 c.c.).

"L'inscindibilità" non discende affatto dal tenore del contratto e dalle altre intese del 2013 prodotte ex adverso; controparte, e il Giudice di prime cure, hanno confuso la "interconnessione" e/o "interdipendenza" tra le varie clausole di un contratto o di più contratti a latere, che è propria di tutte le clausole del contratto e degli eventuali contratti a latere, con il "carattere essenziale e determinante della clausola nella conclusione del contratto" stesso, che è cosa ben diversa e che deve essere rigorosamente provato dalla parte che lo adduce al fine di ottenere la declaratoria di nullità dell'intero contratto ...

Né l'accordo aziendale in questione può ritenersi "accordo di prossimità", difettandone tutti i requisiti. La non opponibilità e/o inapplicabilità parziale dell'accordo, con riferimento alla clausola 4, ai ricorrenti comporta pertanto l'applicazione della normativa generale contenuta nel ccnl (...), secondo la quale l'orario di lavoro inizia e finisce nel momento del passaggio al tornello marcatempo posto in ingresso per il controllo delle presenze (v. art. 45 ccnl (...), alleg. 10), come avveniva per i ricorrenti prima del luglio 2013.."

Con il secondo ordine di censure (pag. 35 e seg.) impugnano per omessa valutazione di circostanze decisive la ratio decidendi fondata sulla asserita insufficienza di allegazione e prova.

Osservano che il Tribunale di Milano non ha considerato fatti incontrovertibili ovvero che "a) fino alla sottoscrizione dell'accordo sindacale del 27.3.2013, o meglio fino alla data del 30 giugno 2020 indicata nell'accordo medesimo, il lasso di tempo intercorrente tra la timbratura al tornello in ingresso e il log-on per tutti i lavoratori, compresi quelli addetti al caring service come gli appellanti, è sempre stato pacificamente considerato "orario di lavoro" e come tale retribuito;

b) nessun mutamento vi è stato a decorrere dall'1.7.2013 nell'attività espletata dagli addetti al caring services, e così dagli appellanti, nel medesimo spazio temporale ...

Tali circostanze ... valgono infatti come prova o quanto meno come presunzione della natura di "tempo lavoro" del periodo intercorrente tra la timbratura in ingresso al tornello e quella in postazione con il log-on, e così in uscita e in pausa pranzo, e delle attività in quell'arco temporale espletate.

Ciò che esonera i ricorrenti dall'onere allegatorio e probatorio che invece il Tribunale pone a carico degli stessi.

Gli odierni appellanti, infatti, non hanno chiesto che un determinato spazio temporale, con le connesse attività, mai considerato "tempo lavoro" e mai retribuito, da un certo momento in poi sia considerato tale. Al contrario gli odierni appellanti hanno chiesto che uno spazio temporale, con le connesse attività, da sempre considerato "tempo lavoro", continui ad essere considerato tale.

Gli odierni appellanti avevano dunque in questa causa solo l'onere di allegare e provare lo spazio temporale e l'attività espletata dall'ingresso al tornello alla timbratura in postazione prima e dopo il luglio 2013, e il fatto che non vi fosse stato alcun mutamento nel concreto svolgersi degli stessi".

Si riportando (pag. 48 e seg.) al ricorso ex art. 414 c.p.c. per il quantum deebatur rimasto assorbito, rinviando ai conteggi allegati, elaborati dal consulente del lavoro cui si sono rivolti (doc. n. 13 da A a F).

(...) s.p.a. resiste in giudizio difendendo la pronuncia impugnata.

Replica ai singoli motivi di appello, riproponendo la difesa formulata in primo grado e citando giurisprudenza di legittimità e di merito favorevole alla propria tesi.

All'udienza del 22/2/23, all'esito della discussione orale delle parti, la causa è stata decisa con dispositivo pubblicamente letto.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Non hanno proposto appello (...), (...) e (...) nei confronti dei quali la sentenza n. 1065/22 del Tribunale di Milano è passata pertanto in giudicato.

Carenza di allegazione e prova ai fini dell'effettivo orario di lavoro (II motivo)

Le doglianze sul punto colgono nel segno.

Come correttamente messo in rilievo dalla difesa degli attuali appellanti, è un fatto pacifico che fino all'1/7/13, data di entrata in vigore del nuovo sistema di rilevazione delle presenze, il lasso di tempo intercorrente tra la timbratura in ingresso al tornello e l'accesso alla postazione (e viceversa) fosse considerato effettivo orario di lavoro e come tale retribuito, tanto è vero che è la stessa appellata ad evidenziare come la rimodulazione della prestazione degli addetti al reparto (...) sia stata disposta, insieme ad altri interventi (telelavoro per es.), proprio al fine di ridurre i costi aziendali.

Gli attuali appellanti non erano perciò tenuti a dedurre e dimostrare la eterodirezione nell'arco di tempo impiegato per dette operazioni, appunto perché è incontestato che fosse considerato tempo di lavoro e in quanto tale compensato.

Contrariamente, dunque, a quanto eccepito da parte appellata ("i ricorrenti non offrano alcuna concreta prova della attività pretesamente svolta tra l'ingresso nella sede di lavoro e l'avvio del proprio terminale con conseguente effettivo avvio della prestazione di lavoro" cfr. memoria ex art. 416 c.p.c.), si poneva a carico della predetta l'onere di dimostrare che gli stessi in quel lasso temporale erano liberi di autodeterminarsi ovvero non erano assoggettati al potere gerarchico, onere che non può ritenersi assolto ("con riguardo al computer, è vero che la disposizione aziendale è di lasciarli accesi, ma spesso, noi che facciamo il turno del pomeriggio in quanto a tempo parziale, li troviamo spenti perché magari quello del turno prima per fare in fretta a lasciare la postazione ha deciso di spegnere il computer. Infatti la procedura per la uscita dalla postazione può comportare del tempo, anche perché a volte computer si blocca e quindi a volte se uno deve prendere un treno può scegliere di spegnere il computer. Quanto, poi, all'arrivo al lavoro, a volte manca il mouse e

scegliamo di cercarlo prima di iniziare il lavoro e registrarci. Nel weekend, poi, è un problema trovare la postazione e a volte l'ascensore presenta problemi perché bisogna attenderlo parecchio. Noi a tempo parziale non abbiamo la postazione fissa, a differenza di quelli a tempo pieno"; "i computer di norma dovrebbero essere tutti accesi, ma a volte li troviamo anche spenti. Ad ogni modo si impallano e così occorre spegnerli e poi riaccenderli per mettere le proprie credenziali. Capita anche di trovarli senza mouse o senza tastiera e occorre cercarli prima di iniziare a lavorare", così libero interrogatorio attuali appellanti alla udienza del 10/2/22 e del 22/2/22).

*Inscindibilità accordi del 27/3/21 e acquiescenza (I motivo)

Questa Corte territoriale si è già pronunciata sulla questione di cui è causa in fattispecie del tutto sovrapponibili alla presente (cfr. CA MI 782/22 rel. (...); CA MI 545/22 rel. (...); CA 524/2021 rel. (...); CA MI n. 560/21 rel. (...)).

Il Collegio non ravvisa nuovi e decisivi argomenti che possano indurlo a discostarsi da tale condivisibile orientamento, che intende in questa sede integralmente richiamare ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c.

"Come già evidenziato, pacificamente fino al luglio 2013, l'azienda registrava l'orario di entrata e di uscita mediante i tornelli marcatempo posti all'ingresso delle sedi di lavoro, facendo coincidere l'orario di lavoro con gli esiti di tali timbrature, mentre a seguito dell'accordo sindacale del 27.3.2013 l'attestazione dell'inizio e della fine della prestazione di lavoro degli operatori e del personale di coordinamento avveniva "sulla propria postazione di lavoro mediante registrazione on line sui sistemi informatici aziendali".

Ebbene, detto sistema di rilevazione dell'orario di lavoro contrasta con i principi dettati in materia di orario di lavoro, per come interpretati dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria.

Ed infatti, come già evidenziato da questa Corte con la sentenza n. 524/21 che si condivide e si richiama ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c., che si è pronunciata su questione analoga e che a sua volta ha condiviso la motivazione della sentenza n. 10/2020 della Corte di appello di Roma, che si è pronunciata su caso analogo, così come la sentenza n. 226/2019 della Corte appello di Ancona:

"In ordine alla definizione dell'arco temporale definibile come orario di lavoro rilevante ai fini retributivi e contributivi, con riguardo al tempo che precede e segue la prestazione lavorativa, la Corte di Cassazione ha ritenuto che, anche in vigore del R.D.L. 5 marzo 1923, n. 692, art. 3 a norma del quale "è considerato lavoro effettivo ogni lavoro che richieda un'occupazione assidua e continuativa", non era precluso che il tempo necessario a porre in essere attività strettamente prodromiche a tale occupazione fosse da considerarsi lavoro effettivo e che esso dovesse essere, pertanto, retribuito ove tale operazione fosse diretta dal datore di lavoro, che ne disciplina il tempo ed il luogo di esecuzione, ovvero si trattasse di operazioni di carattere strettamente necessario ed obbligatorio per lo svolgimento dell'attività lavorativa (Cass. 2015 n. 20694; Cass. 2013 n. 20714).

Il D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66, che, in attuazione della direttiva comunitaria 93/104/CE del 23 novembre in materia di orario di lavoro (e successivamente dalla direttiva 2003/88/CE) ha sostituito la precedente disciplina riaffermandone e specificandone i contenuti, stabilisce, sulla base delle indicazioni comunitarie, all'art. 1, comma 2, lett. a): "Agli effetti delle disposizioni del presente decreto si intende per a) orario di lavoro qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni".

Tale definizione dell'orario di lavoro ricalca l'art. 2 della direttiva 2003/88 (Definizioni) il quale prevede al punto 1: "Ai fini della presente direttiva si intende per "orario di lavoro": qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali".

L'attuale nozione di orario di lavoro attribuisce un espresso e alternativo rilievo non solo al tempo della prestazione effettiva ma anche a quello della disponibilità del lavoratore e della sua presenza sui luoghi di lavoro e la formulazione è volutamente ampia e tale da includere nella nozione non solo l'attività lavorativa in senso stretto, ma anche le operazioni strettamente funzionali alla prestazione.

A questo fine è necessario che il lavoratore sia "a disposizione" del datore di lavoro, cioè soggetto al suo potere direttivo e disciplinare (Cass. 2012 n. 1839; Cass. 2012 n. 1703).

Secondo la giurisprudenza comunitaria, per valutare se un certo periodo di servizio rientri nella nozione di orario di lavoro, occorre stabilire se il lavoratore sia o meno obbligato ad essere fisicamente presente sul luogo di lavoro e di essere a disposizione di quest'ultimo per poter fornire immediatamente la propria opera (Corte Giust. Com. Eur, 9 settembre 2003, causa C-151/02, parr. 58 ss.).

Tale orientamento consente di distinguere nel rapporto di lavoro una fase finale, che soddisfa direttamente l'interesse del datore di lavoro, ed una fase finale preparatoria, relativa a prestazioni od attività accessorie e strumentali, da eseguire nell'ambito della disciplina di impresa (art. 2104 c.c., comma 2) ed autonomamente esigibili dal datore di lavoro, il quale ad esempio può rifiutare la prestazione finale in difetto di quella preparatoria (Cass. 2015 n. 7396).

Ne consegue che è da considerarsi orario di lavoro anche l'arco temporale comunque trascorso dal lavoratore medesimo all'interno dell'azienda nell'espletamento di attività prodromiche ed accessorie allo svolgimento, in senso stretto, delle mansioni affidategli, ove il datore di lavoro non provi che egli sia ivi libero di autodeterminarsi ovvero non assoggettato al potere gerarchico (Cass. 2017 n. 13466, in applicazione di tale principio, la S.C. ha considerato orario di lavoro il tempo impiegato dai dipendenti di una acciaieria per raggiungere il posto di lavoro, dopo aver timbrato il cartellino marcatempo alla portineria dello stabilimento, e quello trascorso all'interno di quest'ultimo immediatamente dopo il turno; v. anche Cass. 2015 n. 20694)".

Nel caso in esame, i dipendenti ... "dopo la registrazione ai tornelli all'ingresso dei singoli edifici, debbono accedere alla sala nei piani superiori alla quale sono assegnati, (...), raggiungere la postazione individuale o reperire una postazione libera, avviare il computer ed attendere il completamento della operazione, con l'apertura della apposita finestra per l'inserimento della propria password. A fine turno, dopo la chiusura registrata al terminale, sono tenuti (...) a compiere il tragitto inverso per l'uscita dall'edificio, passando attraverso il tornello azionabile con il badge. Vi è, quindi, un tempo di permanenza del lavoratore all'interno dei locali aziendali, sia in entrata che in uscita, considerato neutro in base all'accordo sindacale del 27.3.2013" - così come dal regolamento aziendale- "ai fini della determinazione dell'orario di lavoro, ma caratterizzato da una serie di operazioni ed incombenze ulteriori rispetto alla registrazione on line dalla postazione di lavoro. Tali attività sono da ritenersi accessorie e propedeutiche alla attività lavorativa in senso stretto svolta dagli appellanti, sia per quanto riguarda gli spostamenti all'interno dell'edificio, rispetto al momento della timbratura ai tornelli, (...), che per i tempi necessari per l'avvio del personal computer e accesso alla registrazione on line.

Si tratta di un intervallo temporale strettamente collegato alla attività lavorativa che, ad avviso del Collegio, non può ritenersi estraneo alla prestazione e, quanto alla sussistenza della eterodirezione, come già detto "la presenza del dipendente in azienda determina la presunzione della sussistenza nel datore di lavoro del potere di disporre della prestazione lavorativa. Talché è orario di lavoro l'arco temporale comunque trascorso all'interno dell'azienda, a meno che il datore di lavoro non provi che il prestatore d'opera sia ivi libero di autodeterminarsi ovvero non assoggettato al potere gerarchico" (Cass. 2017 n. 13465, cit.).

Nel caso in esame, del tutto speculare a quello esaminato con la sentenza richiamata, la società non ha assolto detto onere probatorio.

La sussistenza dell'eterodirezione, senz'altro maggiormente evidente in relazione alle attività di registrazione e di disconnessione on line (attività che si svolgono in ambiente di lavoro; utilizzando software e hardware aziendali; seguendo protocolli e istruzioni definiti dall'azienda), si ravvisa anche per il tempo necessario per raggiungere, all'interno dell'edificio, la propria postazione lavorativa, e viceversa per raggiungere l'uscita, tant'è vero che al lavoratore è chiesto di segnalare il proprio ingresso e la propria uscita dall'edificio valendosi della macchina marcatempo.

Ritenuta pertanto la nullità parziale del paragrafo 4 dell'Accordo collettivo del 27 marzo 2013 nella parte in cui prevede che "L'attestazione dell'inizio e della fine della prestazione di lavoro degli operatori e del relativo personale di coordinamento di (...) avverrà sulla propria postazione di lavoro mediante registrazione on line sui sistemi informatici aziendali. Tale modalità sarà operativa con decorrenza 1 luglio 2013 per consentire all'Azienda l'adeguamento dei sistemi con la nuova modalità di attestazione stessa", così come delle conformi previsioni del regolamento aziendale, devono essere accolte le domande formulate con il ricorso di primo grado.

Sostiene la società che non si possa dichiarare l'inapplicabilità parziale della clausola in esame, essendo essa inscindibilmente correlata con l'intero accordo sindacale, tant'è vero che quest'ultimo non sarebbe stato sottoscritto senza la previsione della clausola sulle modalità della prestazione lavorativa.

E' sufficiente osservare, per respingere detta doglianza, come la società non abbia fornito alcuna prova che senza detta clausola non avrebbe sottoscritto l'accordo.

Né una simile condizione o previsione risulta specificata nell'accordo sindacale.

Quanto alle differenze retributive rivendicate dai lavoratori, il Collegio ritiene corretta la quantificazione del tempo lavoro in oggetto nella misura di 14 minuti (5 minuti in ingresso, 5 minuti in uscita, 2 minuti in pausa pranzo in uscita e 2 minuti in pausa pranzo in ingresso) per ogni giorno lavorativo con riferimento a lavoratori che effettuano la prestazione lavorativa full time e di 10 minuti per ogni giorno lavorativo con riferimento a lavoratori che effettuano la prestazione lavorativa part time al 50% (?).

Ed infatti, è la stessa società che ammette che la fase di log on richieda almeno 2 minuti. Conseguentemente detti minuti, ai quali si aggiungono minimo tre minuti che servono per raggiungere la postazione e viceversa l'uscita, portano alla quantificazione effettuata dagli appellati, corretta anche nei conteggi.

Con specifico riferimento ai conteggi allegati dai lavoratori, va evidenziato come con la memoria di primo grado la società non abbia effettuato alcuna contestazione specifica, concentrandosi prevalentemente nel contestare la sussistenza del diritto rivendicato.

Va poi respinta l'eccezione di prescrizione quinquennale dei crediti maturati anteriormente alla notifica del ricorso di primo grado. Premessa la genericità dell'eccezione formulata dalla società, il Collegio ritiene che la prescrizione non decorra in costanza di rapporto. Ed infatti, aderendo alle precedenti decisioni di questa Corte, richiamate anche ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 118 disp. att. c.p.c. (cfr.: Corte Appello Milano n. 379/19, n. 2048/19, n. 188/20, n. 322/20) si osserva "che, ai fini della decorrenza della prescrizione in materia di crediti da lavoro subordinato, la distinzione tra rapporti soggetti a tutela reale e rapporti non soggetti a tutela reale, riveste, anche nelle più recenti pronunce della Cassazione (cfr. Sez. L - Ordinanza n. 22172 del 22/09/2017; Sez. L, Sentenza n. 4351 del 22/02/2018; Sez. L Sentenza n. 19729 del 25/07/2018) un'importanza centrale. Infatti la decorrenza della prescrizione dal momento dell'insorgenza del diritto del lavoratore viene affermata dal Supremo Collegio con esclusivo riferimento ai rapporti assistiti dal diritto alla reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo. La ragione è nota. Si ritiene che in tali rapporti non vi sia una condizione c.d. di metus del lavoratore nei confronti del datore di lavoro che lo induca, per timore di essere licenziato (senza possibilità di recuperare il posto di lavoro perduto), a non esercitare il proprio diritto. Non appare superfluo, sul punto, ricordare l'assetto normativo, determinato dalle pronunce della Corte Costituzionale n. 63/1966 e n. 174/1972, in forza del quale la prescrizione dei crediti retributivi non decorre durante il rapporto di lavoro, salvo che per i rapporti caratterizzati da c.d. "stabilità reale", ossia ai quali, in considerazione del requisito dimensionale, è applicabile l'art. 18 L. n. 300 del 1970. Con la prima delle citate pronunce, la Corte ha ritenuto che, in un rapporto non dotato della resistenza che caratterizzava invece il rapporto di pubblico impiego, il timore del recesso (cioè del licenziamento), spinge o può spingere il lavoratore a rinunciare ad una parte dei diritti. Secondo la Corte "In un rapporto non dotato di quella resistenza, che caratterizza invece il rapporto d'impiego pubblico, il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti; dimodoché la rinuncia, quando è fatta durante quel rapporto, non può essere considerata una libera espressione di volontà negoziale e la sua invalidità è sancita dall'art. 36 della Costituzione". E' stata quindi considerata determinante la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento; cosicché la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia: anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione.

Con la sentenza n. 174/1972 la Corte Cost. ha poi ritenuto che, in caso di applicabilità dell'art. 18 St. Lav. si ha, come nel pubblico impiego, una vera stabilità; ha infatti al riguardo precisato che "una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si facciaseguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare", situazione di completa reintegrazione che non può essere ravvisata in tutti i casi (come quelli di applicazione della L. n. 604 del 1966) "per i quali le disposizioni sulla giusta causa non trovano applicazione; sicché per essi deve rimanere fermo il principio che vieta di far decorrere il termine di decadenza per le impugnative in materia di crediti da lavoro dipendente nel periodo di durata del rapporto, dovendosi il medesimo spostare alla fine di questo".

La successiva giurisprudenza di legittimità si è adeguata, riscontrando il requisito della stabilità del posto di lavoro tutte le volte in cui, sul piano sostanziale, la disciplina del rapporto subordinati il licenziamento a circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano della tutela dei diritti, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze con la facoltà di rimuovere gli effetti del licenziamento

illegittimo (Cass., S.U., 12.4.1976, n. 1268; Cass., 19.8.2011, n. 17399). Rimozione che, secondo la Cassazione, non può esaurirsi nella previsione di un risarcimento del danno ma deve concretizzarsi nell'ordine di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (Cass., 23.6.2003, n. 9968; Cass., 20.6.1997, n. 5494; Cass., 13.9.1997, n. 9137).

Il quadro normativo, rispetto alle citate pronunce della Consulta, è radicalmente mutato a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 92 del 2012, che ha riformato l'art. 18 L. n. 300 del 1970, approntando un articolato sistema sanzionatorio nel quale la reintegrazione è stata fortemente ridimensionata, riservata ad ipotesi residuali, che fungono da eccezione rispetto alla tutela indennitaria.

Il testo attualmente vigente dell'art. 18 L. n. 300 del 1970, a differenza di quello originario, prevede infatti la tutela reintegratoria solo per talune ipotesi di illegittimità del licenziamento (commi 1, 4, 7), mentre per altre fattispecie prevede unicamente una tutela indennitaria (commi 5 e 6); ne consegue che, nel corso del rapporto, il prestatore di lavoro si trova in una condizione soggettiva di incertezza circa la tutela (reintegratoria o indennitaria) applicabile nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, accertabile solo ex post nell'ipotesi di contestazione giudiziale del recesso datoriale. È pertanto ravvisabile la sussistenza di quella condizione di metus che, in base ai consolidati principi dettati dalla richiamata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, esclude il decorso del termine prescrizione in costanza di rapporto di lavoro. A supporto di questa soluzione va richiamato, altresì, l'orientamento giurisprudenziale che valorizza l'effettiva condizione del prestatore di lavoro subordinato, precisando che la decorrenza o meno della prescrizione nel corso del rapporto di lavoro va verificata con riguardo al concreto atteggiarsi del medesimo in relazione all'effettiva esistenza di una situazione psicologica di metus del lavoratore, e non già alla stregua della diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto astrattamente regolare il rapporto, ove questo fosse sorto fin dall'inizio con le modalità e la disciplina che il giudice, con un giudizio necessariamente ex post, riconosce applicabili (Cass. S.U. 4942/12; Cass. 10 aprile 2000 n. 4520; nello stesso senso, ex plurimis, Cass. 23 gennaio 2009 n. 1717; Cass. 4 giugno 2014 n. 12553). Il Collegio, alla stregua di tali consolidati e condivisibili principi, ritiene che, a seguito delle modifiche apportate dalla L. n. 92 del 2012 all'art. 18 L. n. 300 del 1970, la prescrizione dei crediti retributivi non decorra in costanza di rapporto di lavoro, anche ove a questo sia applicabile l'art. 18 novellato, come nella presente fattispecie". Quest'ultima questione è stata recentemente risolta dalla Suprema Corte che con sentenza 6-9-2022, n. 26246 (seguita subito dopo da Cass., 20/10/2022, n. 30957 di identico tenore) ha statuito che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della L. n. 92 del 2012 e del D.Lgs. n. 23 del 2015, mancando dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata, non è assistito da un regime di stabilità. Sicché, per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della L. n. 92 del 2012, il termine di prescrizione decorre, a norma del combinato disposto degli artt. 2948, n. 4 e 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto di lavoro.

Conseguentemente la prescrizione dei crediti lavorativi decorre dalla conclusione del rapporto di lavoro anche per quei rapporti in cui trova applicazione l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

La Suprema Corte ha in particolare rilevato che "così ricostruito il quadro normativo, significativamente modificato rispetto all'epoca in cui la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha individuato (ai superiori p.ti 4 e 4.1.) l'essenziale dato di stabilità del rapporto nella tutela reintegratoria esclusiva del L. n. 300 del 1970 art. 18, non pare che esso assicuri, sulla base delle necessarie caratteristiche scrutinate, una altrettanto adeguata stabilità del rapporto di lavoro.

Sicchè, deve essere ribadito che la prescrizione decorra, in corso di rapporto, esclusivamente quando la reintegrazione, non soltanto sia, ma appaia la sanzione "contro ogni illegittima risoluzione" nel corso dello svolgimento in fatto del rapporto stesso: così come accade per i lavoratori pubblici e come era nel vigore del testo dell'art. 18, anteriore alla L. n. 92 del 2012, per quei lavoratori cui la norma si applicava. A questa oggettiva precognizione si collega l'assenza di metus del lavoratore per la sorte del rapporto di lavoro ove egli intenda far valere un proprio credito, nel corso di esso: caratterizzato dal regime di stabilità comportato da quella resistenza che assiste, appunto, il rapporto d'impiego pubblico.

Non costituisce, infatti, garanzia sufficiente, ?, il mantenimento della tutela reintegratoria, tanto con la L. n. 92 del 2012 (art. 18, comma 1), tanto con il D.Lgs. n. 23 del 2015 (art. 2, comma 1), per il licenziamento (...) ritorsivo, sul presupposto di un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. (non necessario per il licenziamento discriminatorio: Cass. 5 aprile 2016, n. 6575; Cass. 7 novembre 2018, n. 28453).

Non si tratta, infatti, di enucleare una condizione non meramente psicologica (siccome dipendente da una percezione soggettiva), ma obiettiva di metus del dipendente nei confronti del datore di lavoro, per effetto di un'immediata e diretta correlazione eziologica tra l'esercizio obiettivamente inibito) di una rivendicazione retributiva del lavoratore e la reazione datoriale di licenziamento in ragione esclusiva di essa ?) con la possibilità per il lavoratore (...) di ottenere "una tutela ripristinatoria piena (certo essendo che se il licenziamento è invece fondato su giusta causa o giustificato motivo, oggettivi e insussistenti, e dunque su ragioni - veritiere - del tutto estranee alle rivendicazioni retributive avanzate dal dipendente, non si può configurare la situazione psicologica in questione).

Un tale ragionamento reputa dotato di stabilità adeguata un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, in assenza di una tutela reintegratoria nelle ipotesi diverse (...) di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in ragione di effettive ragioni organizzative e produttive dell'impresa, ovvero di licenziamento disciplinare, per grave inadempimento degli obblighi di diligenza e fedeltà del lavoratore, fino alla rottura irreversibile del rapporto di fiducia tra le parti. Ma il procedimento argomentativo si fonda sul presupposto (chiaramente esplicitato) che tali ragioni non mascherino in realtà ragioni ritorsive (eventualmente per rivendicazioni retributive in corso di rapporto), comportanti il ripristino della tutela reintegratoria, secondo l'insegnamento di questa Corte (Cass. 4 aprile 2019, n. 9468, in riferimento ad un'ipotesi di licenziamento intimato per giustificato motivo, in realtà per motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 c.c.; Cass. 22 giugno 2016, n. 12898, in riferimento ad ipotesi di licenziamento intimato per giusta causa).

Ebbene, esso rivela come l'individuazione del regime di stabilità sopravvenga ad una qualificazione definitiva del rapporto per attribuzione del giudice, all'esito di un accertamento in giudizio, e quindi necessariamente ex post: così affidandone l'identificazione, o meno, al criterio del "caso per caso", rimesso di volta in volta al singolo accertamento giudiziale (stigmatizzato al superiore p.to 6, in fine, per essere fonte di massima incertezza e di destabilizzazione del sistema). In via conclusiva, deve allora essere escluso, per la mancanza dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e soprattutto di una loro tutela adeguata, che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della L. n. 92 del 2012 e del D.Lgs. n. 23 del 2015, sia assistito da un regime di stabilità. Da ciò consegue, non già la sospensione, a norma dell'art. 2941 c.c. (per la tassatività delle ipotesi ivi previste e soprattutto per essere presupposto della sospensione la preesistenza di un termine di decorrenza della prescrizione che, esaurita la ragione di

sospensione, possa riprendere a maturare), bensì la decorrenza originaria del termine di prescrizione, a norma del combinato disposto degli artt. 2948, n. 4 e 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto di lavoro per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della L. n. 92 del 2012" (così CA MI n. 782/22 citata).

Alla luce di tutte le considerazioni sopra esposte, dirimenti ed assorbenti di ogni altra questione, in riforma della sentenza n. 1065/22 del Tribunale di Milano, (...) s.p.a. deve essere condannata a pagare, per i periodi rispettivamente indicati, a (...) la somma lorda di Euro 4.043,51, a (...) la somma lorda di Euro 4.180,82, a (...) la somma lorda di Euro 1.184,36, a (...) la somma lorda di Euro 1.429,54 ed a (...) la somma lorda di Euro 1.715,05, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalle scadenze al saldo su tutte le somme, non essendoci specifiche contestazioni sui conteggi allegati (doc. 13 da A a F).

In applicazione del principio secondo cui "il giudice che deve liquidare le spese processuali relative ad un'attività difensiva ormai esaurita (nella specie, con decisione nel merito), deve applicare la normativa vigente al tempo in cui l'attività stessa è stata compiuta, sicché, per l'attività conclusa nella vigenza del D.M. n. 127 del 2004, deve applicare le tariffe da questo previste e non i parametri sopravvenuti ai sensi dell'art. 41 del D.M. n. 140 del 2012" (così Cass. n. 2748/16; conf. Cass. n. 17577/18), le spese processuali vengono determinate ai sensi dei (...) ratione temporis vigenti, in base al valore della controversia, all'assenza della fase di istruttoria, nonché in applicazione della facoltà di riduzione del compenso in ragione delle condizioni soggettive delle parti e di aumentare il compenso per la pluralità degli appellanti.

P.Q.M.

In riforma della sentenza n. 1065/22 del Tribunale di Milano, condanna (...) s.p.a. a pagare a (...) la somma lorda di Euro 4.043,51, a (...) la somma lorda di Euro 4.180,82, a (...) la somma lorda di Euro 1.184,36, a (...) la somma lorda di Euro 1.429,54 ed a (...) la somma lorda di Euro 1.715,05, oltre ad interessi legali e rivalutazione monetaria dalle scadenze al saldo su tutte le somme.

Condanna (...) s.p.a. alle spese processuali, che si liquidano in Euro 2.500,00 per il primo grado ed in Euro 2.700,00 per il secondo grado, oltre a spese generali, oneri ed accessori di legge.

Così deciso in Milano il 22 febbraio 2023.

Depositata in Cancelleria il 2 marzo 2023.