

## **BGer 9C\_356/2020 vom 6. Mai 2021**

Bundesgericht, 2021-05-06, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_356\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_356_2020)

FR: TF 9C\_356/2020 du 6 mai 2021

IT: TF 9C\_356/2020 del 6 maggio 2021

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Le contestazioni del ricorrente sulle poste di danno riguardo a un risarcimento danni secondo l' art. 52 LAVS complessivamente superano fr. 30'000.-, dato che dinanzi alla Corte cantonale le contestazioni vertevano già sulla totalità degli importi richiesti. Il valore litigioso minimo dinanzi al Tribunale federale è quindi raggiunto ( art. 85 cpv. 1 lett. a LTF in relazione con l' art. 51 cpv. 1 lett. a LTF ). La sentenza cantonale è inoltre una decisione finale, visto che comporta soltanto l'emissione di un nuovo calcolo ( art. 90 LTF ; DTF 145 III 42 consid. 2.1; 140 V 321 consid. 3.2) e può essere pertanto impugnata davanti al Tribunale federale.

#### **E. 1.2**

Il ricorso in materia di diritto pubblico può essere presentato per violazione del diritto, conformemente a quanto stabilito dagli art. 95 e 96 LTF . Per quanto attiene invece all'accertamento dei fatti operato dal giudice precedente, esso può essere censurato unicamente se è avvenuto in modo manifestamente inesatto oppure in violazione del diritto ai sensi dell' art. 95 LTF e se l'eliminazione del vizio può essere determinante per l'esito del procedimento ( art. 97 cpv. 1 LTF ; 142 I 135 consid. 1.6).

#### **E. 1.3**

Il ricorrente rimprovera alla Corte cantonale di non avere considerato che la posizione di C.\_\_\_\_\_ (nel nuovo conteggio di fr. 42'010.-) non figurerebbe nella graduatoria di fallimento. La sentenza cantonale si rivelerebbe arbitraria. Essa sarebbe inoltre silente al riguardo, ledendo anche il diritto di essere sentito ( art. 29 Cost. ). Vi sarebbe quindi una riduzione del danno per fr. 7'281.82. Al riguardo va tuttavia osservato che la posizione di C.\_\_\_\_\_ non è mai stata evocata da nessuno in quanto tale nella procedura cantonale. Ora, una nuova censura di diritto è ammissibile solo se è fondata sullo stato di fatto accertato nella sentenza del giudice di grado precedente ( DTF 142 I 155 consid. 4.4.3; sentenza 9C\_322/2018 del 20 febbraio 2019 consid. 3.3). Mancando ogni accertamento della posizione di C.\_\_\_\_\_ nella sentenza impugnata, la censura non può quindi essere esaminata ( art. 99 cpv. 1 LTF ).

#### **E. 2.1**

Oggetto del contendere è sapere se la sentenza cantonale, che ha confermato le poste di danno stabilite dalla Cassa, sia lesivo del diritto federale.

#### **E. 2.2**

Nei considerandi della sentenza impugnata, il Tribunale cantonale ha già esposto in modo dettagliato le norme legali e la prassi disciplinanti la materia, rammentando in particolare le norme sull'obbligo di conteggiare e versare i contributi paritetici ( art. 14 cpv. 1 LAVS e art.

34 segg. LAVS), i presupposti per la responsabilità del datore di lavoro - rispettivamente dei suoi organi per la persona giuridica ( art. 52 cpv. 2 LAVS ) - nel senso dell' art. 52 LAVS , segnatamente la nozione di violazione intenzionale o per negligenza grave in relazione con le attribuzioni e gli obblighi inalienabili dei membri del consiglio d'amministrazione di una società anonima ( art. 716a cpv. 1 CO ; DTF 132 III 523 consid. 4.6 con riferimenti), come anche i motivi giustificativi e di discolta (sul tema DTF 121 V 243 consid. 4b con riferimenti).

### **E. 3**

Il Tribunale cantonale delle assicurazioni ha accertato che una parte del danno subito è costituita dal saldo dei contributi rimasti scoperti (fr. 73'495.85) determinati sui salari versati nel 2016 (gennaio-aprile). L'altra parte del danno riguarda i contributi paritetici dovuti, calcolati sui salari non percepiti e rivendicati dagli ex collaboratori della società, successivi al periodo gennaio-aprile 2016 come si evince dalla graduatoria fallimentare. A mente dei giudici cantonali non vi è quindi una doppia imposizione dei salari, ma si tratta di distinte complementari. Con l'ultima "distinta salari rivendicati" del 5 febbraio 2019 la Cassa ha definito una massa salariale di fr. 436'574.- per complessivi fr. 38'500.25 di oneri sociali, oggetto dell'insinuazione del 14 febbraio 2019 nel fallimento della società.

#### **E. 4.1**

Il ricorrente non contesta le diminuzioni del danno operate dalla Corte cantonale, ma fa valere che ulteriori deduzioni non siano state riconosciute in violazione del diritto. Si duole di una violazione del diritto di essere sentito ( art. 29 Cost. ) poiché l'autorità giudiziaria cantonale non avrebbe risposto alle censure. In particolare, la sentenza cantonale sarebbe arbitraria poiché non considera a torto alcuni elementi per il calcolo del danno emergenti dai documenti agli atti. In alcune pretese della graduatoria di fallimento relative ai salari rivendicati sono incluse la tredicesima mensilità da gennaio sino al termine di disdetta e le vacanze da gennaio sino alla disdetta, le quali sarebbero già incluse nel periodo gennaio-aprile 2016. Cita l'esempio dell'ex dipendente D.\_\_\_\_\_, ritenendo che questo valga per tutti gli ex-collaboratori, comportando una riduzione del danno di circa fr. 13'929.95.

#### **E. 4.2**

Contrariamente alle tesi del ricorrente sia la Corte cantonale sia la Cassa ancora nella risposta del 28 agosto 2020 hanno affrontato le critiche. Le voci non sono state considerate in doppio, ma sono complementari. Anche l'esempio dell'ex dipendente D.\_\_\_\_\_ non è di soccorso al ricorrente. La distinta salari gennaio-aprile 2016 espone infatti solo i redditi percepiti e assoggettati all'AVS. Sia la tredicesima mensilità sia il saldo delle vacanze non possono essere stati inclusi nella distinta, poiché non sono stati monetizzati in quel periodo. La questione del conteggio delle vacanze arretrate sarà trattata invece più avanti (consid. 6).

### **E. 5**

Ora si esaminano le contestazioni relative alle posizioni di singoli dipendenti.

#### **E. 5.1**

A titolo preliminare va osservato che di massima nella procedura di risarcimento secondo l' art. 52 LAVS l'entità della pretesa deriva da decisioni di pagamento di contributi passate in giudicato. La possibilità per l'azienda interessata di opporsi (e ricorrere) contro tali provvedimenti è ritenuto sufficiente per evitare l'imposizione ingiustificata di contributi.

Nella procedura di risarcimento rimangono per contro liberamente riesaminabili le decisioni di pagamento di contributi emesse dopo la dichiarazione di fallimento. In caso di contestazione incombe però alla persona coinvolta dimostrare, in quale misura il danno accertato dalla Cassa non sia pertinente ( DTF 116 V 284 consid. 3e; sentenza 9C\_381/2018 del 6 dicembre 2018 consid. 4.2 con riferimenti).

### **E. 5.2**

Il Tribunale cantonale delle assicurazioni ha confermato la rivendicazione in merito al dipendente E.\_\_\_\_\_ di fr. 2431.- per "10 giorni di recupero neve". La Corte cantonale ha affermato che anche se si trattava del custode dell'ufficio, non vi è alcun motivo per non riconoscere questa prestazione lavorativa svolta a favore del datore di lavoro.

Il ricorrente contesta la pretesa relativa a E.\_\_\_\_\_ per "10 giorni recupero neve" pari a fr. 2431.-. Egli rileva che l'ex-dipendente era stato assunto regolarmente e non figura nella sua distinta alcuna voce per "ore straordinarie". Tale "recupero neve" sarebbe stato svolto nell'ambito della normale attività lavorativa o come mandato, quindi non a titolo di dipendente. Dal danno occorre quindi dedurre fr. 442.50 (fr. 2431.- x 18.2%).

La censura del ricorrente non ha pregio poiché si limita a contestare genericamente la sentenza cantonale. Sulla base dei fatti accertati e vincolanti per il Tribunale federale ( art. 105 cpv. 1 LTF ), la Corte cantonale poteva considerare come prestazione supplementare l'attività di "recupero neve". Non vi sono peraltro elementi concreti né per ravvisare un accertamento manifestamente inesatto dei fatti né per affermare l'esistenza di un mandato.

### **E. 5.3**

Il tribunale cantonale ha osservato per il dipendente F.\_\_\_\_\_ come in sede di risposta di causa la Cassa abbia spiegato che i riferimenti temporali indicati nella graduatoria non erano corretti ed ha esposto nel dettaglio il conteggio rivisto, giungendo a un importo complessivo di fr. 74'167.-. Tale cifra corrisponde alla somma del salario da maggio ad agosto 2016 (fr. 40'933.-, ossia fr. 10'233.25 x 4), della quota parte di tredicesima mensilità del 2016 (fr. 6822.17), della quota parte di 8 mesi per vacanze non godute nel 2016 (fr. 8'888.85), delle vacanze non godute nel 2015 (fr. 30'000.-), per un totale lordo di fr. 86'644.-, e dedotte le indennità di insolvenza di fr. 12'477.- già percepite. La Corte cantonale vi ha fatto quindi riferimento, confermando l'operato dell'amministrazione. Il ricorrente rileva che l'Ufficio fallimenti ha riportato pretese salariali per F.\_\_\_\_\_ per fr. 56'644.-. La Cassa avrebbe indicato nella risposta cantonale che i riferimenti temporali non fossero corretti. L'amministrazione ha poi inserito nuove voci, ossia fr. 30'000.- per ferie non godute nel 2015, portando la pretesa totale a fr. 86'644.-. A mente del ricorrente la Corte cantonale conferma inspiegabilmente tale conteggio, anche se i fr. 30'000.- non risultano da nessun documento agli atti e sia palesemente in contrasto con le prove raccolte. Tale deduzione è suscettibile di ridurre il danno di fr. 5'460.- (fr. 30'000.- x 18.2%).

Fatta riserva delle ferie non godute, ancora il ricorso è destinato all'insuccesso.

L'ex-dipendente ha rivendicato correttamente l'importo e ha allegato il giustificativo, che è annesso al fascicolo. La Corte cantonale senza provvedere a un apprezzamento dei fatti manifestamente inesatto ha accertato che i riferimenti temporali indicati nella graduatoria non sono corretti. Per l'imputazione delle vacanze si rinvia più avanti (consid. 6).

### **E. 6.1**

Sull'esattezza dei saldi vacanze e le pretese per ore straordinarie degli ex dipendenti il tribunale cantonale ha richiamato la contestazione del ricorrente e le osservazioni della Cassa del 5 marzo 2020. I giudici cantonali hanno dato atto che dalle insinuazioni salariali nel fallimento, i termini di disdetta variavano dai due ai tre mesi, con liberazione dagli obblighi contrattuali. Tale circostanza non è stata ritenuta sufficiente per compensare in natura le vacanze e le ore straordinarie, poiché la prassi imporrebbe almeno cinque mesi di tempo di messa a disposizione, facendo così maturare nella fattispecie il diritto al pagamento delle vacanze non godute.

### **E. 6.2**

Il ricorrente fa valere che il Tribunale cantonale delle assicurazioni non si è confrontato con l' art. 329d cpv. 2 CO e la prassi, secondo cui il lavoratore, anche se licenziato, non potrebbe pretendere il pagamento delle vacanze se egli ha avuto il tempo necessario per beneficiare effettivamente delle stesse. Già nel mese di maggio 2016 emergerebbe come fossero state in corso le trattative con i sindacati per ricercare nuovi posti di lavoro. Nulla impediva di utilizzare le vacanze in quel periodo. Questa soluzione a maggior ragione si giustifica se per diversi dipendenti il saldo vacanze si riferisce a periodi in cui il ricorrente non era amministratore, segnatamente nel 2015. Questo permetterebbe di ridurre il danno di fr. 37'770.73 (fr. 207'531.51 x 18.2%). In via subordinata il ricorrente chiede che a tale saldo di vacanze sia applicata la percentuale del 45%, che sarebbe riconosciuta dalla prassi, dato che i dipendenti avrebbero potuto beneficiare delle ferie durante il termine di disdetta con liberazione dall'obbligo di lavoro. In questa evenienza la riduzione del danno ammonterebbe a fr. 16'996.23 (fr. 45% x fr. 207'531.51 x 18.2%). Il ricorrente osserva ancora che i giudici cantonali hanno accertato che alcuni dipendenti sono stati assunti da altra azienda a giugno 2016, ossia gli ex collaboratori G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ e I.\_\_\_\_\_. Per tali dipendenti bisognerebbe quindi compensare l'integralità del saldo vacanze, poiché essi non necessitavano di cercare un nuovo posto di lavoro. Il ricorrente ravvede una violazione degli art. 5 LAVS e dell' art. 329d CO .

### **E. 6.3**

A norma dell' art. 329d cpv. 2 CO finché dura il rapporto di lavoro, le vacanze non possono essere compensate con denaro o altre prestazioni. Di regola, il divieto di sostituire le vacanze con prestazioni in denaro o altri vantaggi si applica anche dopo la rescissione del contratto di lavoro. Tale principio non è però assoluto; infatti, una volta disdetto il contratto, il lavoratore deve cercare un altro lavoro e il datore di lavoro deve concedergli il tempo necessario per farlo ( art. 329 cpv. 3 CO ). Proprio perché la ricerca è incompatibile con l'uso delle vacanze, occorre valutare in ogni singolo caso, alla luce dell'insieme delle circostanze, se il datore di lavoro poteva pretendere che le vacanze fossero usate durante il periodo di disdetta o se egli deve pagare le vacanze al termine del rapporto di lavoro (sentenza 4A\_381/2020 del 22 ottobre 2020 consid. 6.2 con riferimenti). Prestazioni in denaro possono così sostituire le ferie quando queste non possono essere prese prima della fine del rapporto di lavoro o quando non si può esigere che si provveda in tal senso ( DTF 128 III 271 consid. 4a/aa).

Se il lavoratore è stato liberato dall'obbligo di lavorare fino al termine del contratto, la questione se il saldo delle vacanze non utilizzate debba essere indennizzato in denaro trova risposta sulla relazione tra la durata della liberazione dell'obbligo di lavorare e il numero di giorni di ferie rimanenti. È necessario che durante questo periodo il lavoratore licenziato

abbia, in aggiunta alle ferie, sufficiente tempo da dedicare alla ricerca di un nuovo lavoro (sentenza 4A\_83/2019 del 6 maggio 2019 consid. 4.1). Per esempio, il Tribunale federale ha ammesso la compensazione di 13 giorni di ferie durante la liberazione dell'obbligo di lavorare di 35 giorni (sentenza 4A\_178/2017 del 14 giugno 2018 consid. 8), di 40 giorni di vacanze per un periodo di quattro mesi ( DTF 128 III 271 consid. 4b) o ancora di 35.67 giorni di ferie rispetto a 79 giorni lavorativi (considerando però svariati giorni di incapacità lavorativa, la quale non permetteva di escludere la possibilità di provvedere a ricerche di lavoro durante tale periodo). Si tratta sempre di un apprezzamento, che deve tenere conto in ogni caso di tutte le circostanze della fattispecie (sentenza citata 4A\_381/2020 consid. 6.4).

#### **E. 6.4**

Erroneamente la Corte cantonale pretende che la compensazione delle vacanze possa avere luogo soltanto nell'eventualità di un lungo periodo di disdetta, ossia di svariati mesi. La prassi costante e anche più recente del Tribunale federale non si esprime in tal senso. Occorre piuttosto procedere a un esame individualizzato di ogni singolo caso, ponderando il numero di giorni di vacanza non utilizzati rispetto ai giorni di occupazione, senza obbligo di lavorare. Nel caso concreto il Tribunale cantonale delle assicurazioni non si è chinato sulle posizioni dei singoli ex dipendenti, ma ha negato con una motivazione generale e forfettaria le critiche del ricorrente. Tale modo di procedere non è conforme al diritto federale, che impone un apprezzamento individualizzato a ogni fattispecie (la cui disamina in seguito è esaminato solo con riserbo dal Tribunale federale; DTF 143 V 369 consid. 5.4.1; 137 V 71 consid. 5.1; 132 V 393 consid. 3.3). Nella sentenza cantonale mancano oltretutto gli elementi di fatto per provvedere in tal senso. La Corte cantonale dovrà quindi provvedervi. Sotto questo profilo il ricorso risulta fondato.

#### **E. 7**

Il Tribunale cantonale delle assicurazioni ha confermato la riduzione della rivendicazione dell'ex dipendente G.\_\_\_\_\_, già operata in corso di causa dalla Cassa e ha stralciato i salari dei mesi di settembre e ottobre 2016 di J.\_\_\_\_\_ e K.\_\_\_\_\_.

Il ricorrente dà atto della diminuzione dell'importo in restituzione effettuata dalla Corte cantonale. Tuttavia, lamenta che alla Cassa non sia stato ordinato di dedurre anche la quota di tredicesima mensilità per i mesi di settembre/ottobre 2016. Su tale punto la sentenza cantonale lederebbe l' art. 52 LAVS .

La censura è infondata. Né la Corte cantonale né la Cassa hanno preteso che dalla tredicesima mensilità non andasse tolta la quota parte per i mesi non imputabili al ricorrente. Nell'ambito del nuovo calcolo del danno la Cassa, come del resto ella stessa ha riconosciuto, provvederà poi ad imputare la tredicesima mensilità pro rata temporis.

#### **E. 8**

Ne discende che il ricorso deve essere parzialmente accolto con conseguente rinvio della causa al Tribunale cantonale delle assicurazioni per nuova decisione. Le spese giudiziarie, fissate secondo la tariffa ordinaria, seguono la soccombenza e sono poste a carico delle parti metà ciascuno, dato che la Cassa agisce a tutela dei propri interessi pecuniari diretti ( art. 66 cpv. 1 e cpv. 4 LTF ). La Cassa verserà in maniera corrispondente un'indennità per ripetibili della sede federale ( art. 68 cpv. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.