

N. 10074/14 R.G.L.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE LAVORO

in composizione monocratica e in funzione di Giudice del Lavoro, in persona della
dott.ssa Chiara COLOSIMO, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella controversia di primo grado promossa
da

con l'Avv. Paulli, l'Avv. Pironti e l'Avv. Laratro, elettivamente domiciliato presso lo
Studio dei difensori in Milano, via Spartaco n. 34

- RICORRENTE -

contro

con l'Avv. elettivamente domiciliata presso lo Studio del difensore in
Milano,

e contro

con elettivamente domiciliata presso lo Studio dei difensori in
Milano,

- RESISTENTI -

Oggetto: associazione in partecipazione, accertamento subordinazione, trasferimento
azienda, licenziamento

All'udienza di discussione i procuratori concludevano come in atti.

FATTO

con ricorso depositato l'11 settembre 2014, *l* conveniva in giudizio avanti
al Tribunale di Milano – Sezione Lavoro – la ditta individuale
Antonio e la ditta individuale , esponendo quanto segue.





Dal 19/9/2011 all'11/2/2014, in forza di un contratto di associazione in partecipazione, aveva prestato la propria attività lavorativa presso il bar sito in Milano, _____, gestito dalla ditta individuale _____ occupandosi dell'apertura e della chiusura del bar, della preparazione e del riordino dei locali, del servizio ai clienti, della preparazione del servizio al banco e ai tavoli, del lavaggio delle stoviglie e della gestione dei rapporti con i fornitori.

L'11/2/2014 _____ gli aveva comunicato che, a partire dal giorno successivo, il locale sarebbe stato gestito dalla subentrante ditta individuale _____.

Dal 12/2/2014 al 28/2/2014 aveva quindi reso la prestazione in favore di _____ senza alcuna formalizzazione, per essere poi assunto il 28/2/2014 con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e pieno, decorrente dall'1/3/2014 al 28/2/2015, inquadramento nel V livello C.C.N.L. Turismo Pubblici Esercizi, e mansioni di barista.

Il contratto prevedeva un periodo di prova della durata di 30 giorni di effettiva prestazione lavorativa, e il 31/3/2014 la ditta individuale _____ gli aveva comunicato la risoluzione del rapporto di lavoro per mancato superamento della prova.

Dolendosi della simulazione, e in ogni caso dell'invalidità, del contratto di associazione in partecipazione, e deducendo la natura subordinata del rapporto di lavoro intercorso con la ditta individuale _____, e il conseguente diritto all'applicazione delle previsioni e delle tutele di cui all'art. 2112 c.c.,

chiedeva al Tribunale di:

- accertare e dichiarare l'illegittimità e/o la nullità del contratto di associazione in partecipazione sottoscritto con la ditta individuale _____ a decorrere dal 19/9/2011;
- accertare e dichiarare che tra le parti è intercorso un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con orario di lavoro *full-time* e mansioni di barista, e con diritto all'inquadramento nel V livello C.C.N.L. Pubblici Esercizi;
- accertare e dichiarare il diritto al trasferimento del suddetto rapporto di lavoro in capo alla ditta individuale _____ ex art. 2112 c.c. a far data





dall'11/2/2014 e, conseguentemente, accertare e dichiarare l'inefficacia e/o la nullità e/o l'illegittimità dell'apposizione del termine e/o e dell'apposizione del patto di prova al contratto di lavoro avente decorrenza 1/3/2014;

- accertare e dichiarare la sussistenza, con la ditta individuale di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con orario di lavoro *full-time* e mansioni di barista, e con diritto all'inquadramento nel V livello C.C.N.L. Pubblici Esercizi e, per l'effetto, accertare e dichiarare l'inefficacia e/o la nullità e/o l'illegittimità del licenziamento intimatogli da 1/3/2014;
- per l'effetto, ordinare alla ditta individuale la riammissione in servizio, con condanna al pagamento delle mensilità maturate dalla data di messa in mora all'effettiva riammissione, ovvero, in subordine, condannarla ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 8 Legge 604/1966, sempre tenuto conto di una retribuzione globale mensile pari a € 1.604,61 lordi.

Il tutto con rivalutazione e interessi e, in ogni caso, con vittoria delle spese di lite.

Si costituivano ritualmente in giudizio la ditta individuale

e la ditta individuale eccependo l'infondatezza in fatto e in diritto delle domande di cui al ricorso e chiedendo il rigetto delle avversarie pretese.

La ditta individuale formulava, altresì, in via subordinata, domanda di manleva contro la ditta individuale per quanto fosse stata eventualmente condannata a corrispondere al ricorrente in ragione del presente giudizio.

Con vittoria delle spese di lite.

Esperito inutilmente il tentativo di conciliazione, assunte le prove e ritenuta la causa matura per la decisione, all'udienza del 12 febbraio 2015, il Giudice invitava le parti alla discussione all'esito della quale pronunciava sentenza come da dispositivo pubblicamente letto, riservando il deposito della motivazione a 30 giorni, ai sensi dell'art. 429 c.p.c. così come modificato dalla Legge 133/2008.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso deve essere accolto nei limiti e per le ragioni di seguito precisate.





Sulla qualificazione di rapporto di lavoro intercorso tra _____ e la ditta individuale _____, deve osservarsi quanto segue.

Il 19/9/2011 è stato sottoscritto tra le parti un contratto di associazione in partecipazione, relativo al solo ramo di attività di somministrazione bar, che prevedeva che l'associato – odierna parte ricorrente – avrebbe apportato esclusivamente le proprie prestazioni di lavoro (doc. 3, fascicolo ricorrente).

Ai sensi dell'art. 2549 c.c., *“con il contratto di associazione in partecipazione l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto. Qualora l'apporto dell'associato consista anche in una prestazione di lavoro, il numero degli associati impegnati in una medesima attività non può essere superiore a tre, indipendentemente dal numero degli associanti, con l'unica eccezione nel caso in cui gli associati siano legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il secondo. In caso di violazione del divieto di cui al presente comma, il rapporto con tutti gli associati il cui apporto consiste anche in una prestazione di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato...”*.

L'art. 2552, co. 3, c.c. stabilisce che *“in ogni caso l'associato ha diritto al rendiconto dell'affare compiuto, o a quello annuale della gestione se questa si protrae per più di un anno”*.

Il successivo art. 2553 c.c. precisa che, *“salvo patto contrario, l'associato partecipa alle perdite nella stessa misura in cui partecipa agli utili, ma le perdite che colpiscono l'associato non possono superare il valore del suo apporto”*.

La Corte di Cassazione ha chiarito che, *“in tema di distinzione fra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato e contratto di lavoro subordinato, pure avendo indubbio rilievo il “nomen iuris” usato dalle parti, occorre accertare se lo schema negoziale pattuito abbia davvero caratterizzato la prestazione lavorativa o se questa si sia svolta con lo schema della subordinazione. Ove la prestazione lavorativa sia inserita stabilmente nel contesto dell'organizzazione aziendale, senza partecipazione al rischio d'impresa e senza ingerenza nella gestione dell'impresa stessa, si ricade nel rapporto di lavoro subordinato in ragione di un generale favore accordato dall'art. 35 Cost. che tutela il lavoro “in tutte le sue forme ed applicazioni””* (Cass. Civ., Sez. Lav., 12 aprile 2013, n. 8928).

Il Supremo Collegio ha altresì precisato che, *“in tema di distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato e contratto di lavoro con retribuzione collegata agli utili dell'impresa, la riconducibilità del rapporto*





all'uno o all'altro degli schemi predetti esige un'indagine volta a cogliere la prevalenza degli elementi che caratterizzano i due contratti: mentre l'associazione in partecipazione implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'assodante e l'esistenza per l'associato di un rischio, il rapporto di lavoro subordinato implica un effettivo vincolo di subordinazione, più ampio del generico potere dell'associante d'impartire direttive e istruzioni al cointeressato all'impresa" (Cass. Civ., Sez. Lav., 18 aprile 2007, n. 9264).

Nel caso di specie, come correttamente osservato dalla parte ricorrente, difettano i tipici presupposti del genuino contratto di associazione in partecipazione.

Sotto questo profilo, risulta in primo luogo oltremodo significativa la regolazione dell'aspetto economico concordata tra le parti.

Sostiene la difesa di _____ che il contratto prevedeva *"la quota di partecipazione agli utili derivante dall'attività di somministrazione di cibo e bevande nella misura del 15%, nonché un anticipo mensile concordato nella misura di € 1.421,00 lordi, salvo conguaglio a fine anno della maggiore o minore somma dovuta in funzione della quota associativa sugli utili"* (cap. 26, memoria).

È circostanza pacifica tra le parti che in contratto non era stata prevista l'esclusione dell'associato dalla partecipazione alle perdite.

In occasione dell'interrogatorio libero, _____ ha dichiarato: *"il ramo relativo alla somministrazione/ bar era in perdita nei vari anni in cui il ricorrente ha lavorato per me. Non ho fatto partecipare il ricorrente alle perdite per il rapporto che si era venuto a creare, gli ho sempre abbuonato la situazione tenuto conto delle sue difficoltà familiari. L'esclusione dalla partecipazione alle perdite non era prevista dal contratto, da contratto avrebbe dovuto partecipare ad attivi e passivi"*.

Da quanto dedotto in memoria e da quanto dichiarato da _____ in giudizio emerge, in modo inequivocabile, la corresponsione ad _____ di una somma che, non potendo in alcun modo essere qualificata "anticipo sugli utili", non può che assumere natura e funzione propriamente retributiva.

A tale considerazione perviene il giudicante, non tanto in virtù dell'esclusione di fatto del ricorrente dalla partecipazione alle perdite in assenza di una espressa previsione contrattuale, quanto in ragione del fatto che, a fronte di un'attività in perdita, non possono esservi utili e, conseguentemente, non può esservi alcuna anticipazione degli stessi.





In proposito, devono essere richiamate le deposizioni della teste i parte
del teste di parte ricorrente: “*lavoro in un negozio nella stessa via e*
sono fornitore di attrezzature bar e detersivi per *Conosco il ricorrente perché sono*
cliente del negozio e perché veniva nel negozio a ritirare delle cose per il sig.
Soprattutto per i detersivi, veniva lui secondo la necessità. Non necessariamente ci veniva fatto un
ordine, quando accadeva poteva essere lo stesso ricorrente a farlo. Non so chi ci pagasse, i pagamenti
venivano fatti direttamente con il titolare, e non so chi vi provvedesse” (teste ,
“ ,
si occupava del bar qualche volta, soprattutto quando c'erano da pagare i
fornitori. Era ,
ad avere disponibilità di cassa, non il ricorrente.





comunque si occupava di tutto nel bar, si occupava di migliorare l'aspetto del locale, di sostituire le stoviglie" (teste

Alla luce di quanto sin qui osservato, deve escludersi che tra Alom ABUL e la ditta individuale sia intercorso un genuino rapporto di associazione in partecipazione.

D'altronde, anche le risultanze dell'istruttoria portano alle medesime considerazioni non essendo emerso alcun elemento atto a dimostrare che Alom ABUL abbia reso, nel rapporto *inter partes*, la pretesa tipica prestazione dell'associato.

E' stata, d'altronde, accertata la costante presenza presso il locale di

e della moglie: " *era presente tutti i giorni, lui stava nella parte dei tabacchi*" (teste Favini); " *conosco *era il titolare del bar dove andavo di solito a prendere il caffè, comprare sigarette e giocare schedine. Conosco il ricorrente l'ho conosciuto al banco dove prendevo il caffè. Il ricorrente stava al banco, si occupava di fare il caffè. Io lo trovavo sempre lì. Quando c'era il ricorrente, nel bar erano sempre presenti o la moglie.**

), normalmente, stava alla cassa dove si compravano i tabacchi e si giocavano le schedine, era la stessa cassa dove si pagavano le consumazioni" (teste

*veniva, coordinava, stava lì, sistemava i tabacchi e le altre cose, coordinava e guardava il locale. Prevalentemente, sistemava i tabacchi. La moglie di *), sì tanto la vedevo al bar, ma era anche lei sempre ai tabacchi"* (teste*

Vero che il teste *),* dichiarato: " *il ricorrente si occupava di un po' di tutto di quello che riguardava il bar: acquisti, ordini, preparare le cose che servivano a mezzogiorno, dava le direttive: all'inizio nel bar, lui compreso, lavoravano tre persone (lui, *),* boi, ne è rimasta una (*),* — oltre lui — perché è calato il lavoro. Il ricorrente non aveva un particolare orario di lavoro da rispettare, poteva fermarsi qualche minuto in più come andare via prima. Era direttamente il ricorrente a intrattenere i rapporti con i fornitori per il bar, era lui a decidere cosa ordinare e quando".*

Parimenti vero, tuttavia, che lo stesso teste ha poi affermato: " *presumo che il ricorrente dovesse chiedere il permesso a *),* di assentarsi e che dovesse giustificare le sue assenze. Se il ricorrente si assentava, io dovevo andare al bar e *),* doveva stare alla cassa. Era *),* a dirmi di andare al bar a sostituire il ricorrente, oppure ci andavo da solo".*





Peraltro, in merito all'attendibilità del teste [redacted] non può non osservarsi come lo stesso abbia dichiarato *"io ero più sulla parte tabacchi e lui era responsabile del bar"*, e il teste [redacted] abbia invece riferito *"conosco il teste [redacted] era anche lui dipendente del bar, a volte lo trovavo al banco, a volte mi giocava la schedina. Indifferentemente, secondo le necessità, lo trovavo da una parte o dall'altra"*, al pari del teste [redacted] *"diceva un po' di tutto anche lui, dove serviva lo mettevano, ai tabacchi o al bar"*.

Il fatto che i testi abbiano dichiarato che *"se non c'era [redacted] era il ricorrente a spostarlo dove c'era bisogno. Quando c'era [redacted], lui e il ricorrente parlavano insieme e si gestivano il locale"* (teste [redacted] che *"è capitato che io abbia visto il ricorrente dare ordini e direttive ai suoi colleghi, anche a volte per preparare degli aperitivi. Ho visto il ricorrente stare in cassa, è capitato anche a me di pagarlo direttamente"* (teste [redacted], non risulta sufficiente a superare quanto sin qui osservato in ordine all'insussistenza in concreto dei presupposti tipici del rapporto di associazione in partecipazione.

Non essendo contestato l'orario di lavoro e risultando pacifiche le mansioni svolte, ritiene pertanto il giudicante che nel periodo compreso tra il 19/9/2011 e l'11/2/2014, tra Alom ABUL e la ditta individuale [redacted] intercorso un ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e *full-time*, con diritto all'inquadramento nel V livello C.C.N.L. Pubblici Esercizi (cfr. doc. 8, fascicolo ricorrente).

*

Ciò posto, relativamente ai rapporti tra [redacted] e la ditta individuale [redacted], deve osservarsi quanto segue.

Il rapporto di lavoro intercorso tra [redacted] e la ditta individuale [redacted] non è mai stato validamente interrotto e sussisteva, pertanto, anche alla data dell'11/2/2014 quando, pacificamente, tra le due convenute è stato sottoscritto un contratto di cessione di ramo d'azienda avente ad oggetto *"il complesso economico costituito dall'esercizio commerciale di "Somministrazione di Alimenti e Bevande – Tipologia Unica" con autorizzazione alla vendita di bevande alcoliche e superalcoliche..."* (doc. 9, fascicolo convenuto).

Rispetto al rapporto di lavoro in questione doveva, dunque, trovare applicazione la previsione di cui all'art. 2112 c.c. nella parte in cui stabilisce che *"in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva*





tutti i diritti che ne derivano... Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento".

Tanto basta per ritenere la nullità del contratto a tempo determinato stipulato tra [redacted] e [redacted], ovviamente, la nullità del patto di prova nello stesso inserito (doc. 2, fascicolo [redacted]).

Ne consegue che il licenziamento, intimato il 31/3/2014 in assenza di giusta causa o giustificato motivo, è senz'altro illegittimo.

Non potendo trovare applicazione la tutela di diritto comune invocata da parte ricorrente in via principale, la ditta individuale [redacted] deve essere condannata a riassumere il ricorrente nel posto di lavoro entro tre giorni o, in mancanza, a risarcirgli il danno determinato in € 6.418,44 lordi, ossia in misura pari a 4 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (tenuto conto di una retribuzione globale mensile pari a € 1.604,61 lordi, come dedotto in ricorso e non utilmente contestato dalla convenuta [redacted]).

*

Costituendosi in giudizio, la ditta individuale [redacted] ha chiesto di condannare la ditta individuale [redacted] a manlevarla e a tenerla indenne dalle eventuali conseguenze del presente giudizio.

A fondamento della domanda, ha richiamato le previsioni di cui agli artt. 3 e 6 del contratto di cessione.

La domanda deve essere rigettata.

Ai sensi dell'art. 6, co. 2, del contratto di cessione, la venditrice si è obbligata a tenere *"comunque indenne la parte acquirente da qualsivoglia obbligazione e/o pretesa scaturente per qualsiasi titolo ragione da detto rapporto di lavoro (anche derivante da eventuale licenziamento intimato dalla parte venditrice e quindi anche il titolo di risarcimento danni), non solo nei confronti di terzi (dipendenti o altre persone) ma anche nei confronti degli Istituti preposti ai suddetti rapporti di lavoro"* (doc. 9, fascicolo [redacted]).

È oltremodo evidente che la ditta individuale [redacted] è oggi chiamata a rispondere di un comportamento ad essa soltanto imputabile, e che sotto il profilo temporale è senz'altro successivo alla cessione di cui si discute.





Tanto basta per il rigetto della domanda in esame.

*

La liquidazione delle spese di lite segue la soccombenza e, pertanto, la ditta individuale _____ e la ditta individuale _____ – in solido tra loro – devono essere condannate alla rifusione delle spese di lite in favore di parte ricorrente.

Considerati i rapporti intercorsi tra le parti convenute, si ritiene sussistano giuste ragioni per procedere alla compensazione delle spese di lite tra le stesse.

Sentenza provvisoriamente esecutiva *ex art.* 431 c.p.c.

Stante la complessità della controversia, visto l'art. 429 c.p.c., si riserva la motivazione a 30 giorni.

P.Q.M.

il Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando,

accerta e dichiara la natura subordinata a tempo indeterminato e *full time*, con diritto all'inquadramento nel V livello C.C.N.L. Pubblici Servizi, del rapporto di lavoro intercorso tra _____ e la ditta individuale _____ a far data dal 19/9/2011.

Accerta e dichiara l'intervenuta cessione di ramo di azienda tra la ditta individuale _____ la ditta individuale _____ e la conseguente nullità del contratto di lavoro a tempo determinato da quest'ultima stipulato con il ricorrente e del patto di prova allo stesso apposto.

Per l'effetto, accerta e dichiara l'illegittimità del licenziamento intimato ad _____ da _____ in qualità di titolare dell'omonima ditta individuale, il 31/3/2014 e, conseguentemente, condanna la ditta individuale _____ a riassumere il ricorrente entro tre giorni o, in mancanza, a risarcirgli il danno determinato in € 6.418,44 lordi, ossia in misura pari a 4 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo.

Rigetta, per il resto, il ricorso.

Condanna le parti convenute – in solido tra loro - alla rifusione delle spese di lite che liquida in complessivi € 3.500,00 oltre accessori come per legge.

Rigetta la domanda di manleva formulata dalla parte convenuta _____ nei confronti del convenuto _____





Compensa integralmente le spese di lite tra le due parti convenute.

Sentenza provvisoriamente esecutiva.

Riserva a 30 giorni il deposito della motivazione.

Milano, 12 febbraio 2015

IL GIUDICE DEL LAVORO
dott.ssa Chiara COLOSIMO

