REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La dr. Chiarina Sala , in funzione di giudice Unico del lavoro del Tribunale di Milano , ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa n. 3709/2006

promossa da PIVIERI TIZIANO

con il proc. dom. avv. B. Cartillone, Via Besana 9 Milano

RICORRENTE

Contro

BETZABEA SAS in persona del socio accomandatario Antonio Quagliarella

LOCO SRL in persona del presidente del consiglio di amministrazione Angelo Quaglierella

con il proc. dom.avv. C. Pirola Largo Schuster 1 Milano

CONVENUTA

terzo chiamato

INPS rappresentato e difeso dall'avvocato Margherita Casagli Piazza Missori 8-10 Milano

Oggetto: accertamento rapporto di lavoro subordinato, impugnazione di licenziamento, differenze retributive e di fine rapporto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 10 maggio 2006 Tiziano Pivieri ha convenuto in giudizio entrambe le società indicate in epigrafe per chiedere, previa la chiamata in causa dell' Inps, previo

l'accertamento della sussistenza di rapporto di lavoro subordinato dal novembre 97 al febbraio 2004 tra il ricorrente e la Betzabea sas e successivamente con Loco srl, con l'applicazione del contratto collettivo pubblici esercizi e il diritto al inquadramento in via principale del secondo livello, la condanna delle convenute in solido o in via alternativa a pagare la complessiva somma di € 129.547,26 a titolo differenze retributive (articolando in via subordinata ulteriori richieste sulla base dell'inquadramento in livelli inferiori); l'attore ha inoltre richiesto, previa un' accertamento della illegittimità o inefficacia del licenziamento comunicatogli oralmente nel maggio del 2004 la condanna di entrambe le società in solido o in via alternativa a corrispondere la retribuzione globale di fatto dalla data della estromissione dal posto di lavoro fino all' effettivo ripristino del rapporto di lavoro e, in estremo subordine, al risarcimento del danno da un minimo di 2,5 mensilità di retribuzione al massimo di sei, con interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo oltre al favore delle spese di lite.

In via ulteriormente subordinata la parte attrice ha chiesto il versamento quantomeno dei contributi previdenziali per lo svolgimento di prestazione coordinata e continuativa.

A sostegno di quanto rivendicato il ricorrente, socio accomandante della Betzabea sas , ha evidenziato di non avere mai partecipato ad attività sociale e neppure alla divisione degli utili essendosi limitato a lavorare presso il banco del bar con le caratteristiche

tipiche della subordinazione senza percepire tutto quanto dovuto per legge e per contratto, venendo oralmente licenziato in concomitanza con la cessione del bar gestito da Betzabea a Loco srl.

Ritualmente costituitasi la Betzabea sas ha chiesto il rigetto del ricorso escludendo la sussistenza di qualsivoglia attività subordinata da parte del ricorrente che era socio a tutti gli effetti e che gestiva autonomamente il locale attribuendosi direttamente il proprio compenso mensile , partecipando altresì alla divisione degli utili, senza essere assoggettato alle direttive di nessuno.

Costituitasi ritualmente, anche la Loco srl ha chiesto il rigetto del ricorso non avendo il ricorrente svolto alcun incarico per questa stessa società, subentrata nella gestione del bar a partire dal 2 maggio 2004.

Chiamato in causa l' Inps, quest'ultimo ritualmente costituitosi, pur rilevando di non essere a conoscenza dei fatti dedotti in causa ha chiesto l'accertamento in ordine alla fondatezza delle domande attrici per quanto riguarda la invocata regolarizzazione contributiva.

Tentata inutilmente la conciliazione tra le parti, interrogate le stesse, all'udienza dell'11 marzo 2008 il ricorrente ha ribadito di non avere mai percepito utili dalla convenuta contestando la veridicità delle dichiarazioni dei redditi del 2004 e degli anni precedenti prodotte dalla convenuta, contestandone la autenticità della sottoscrizione. Eccepita dalla convenuta la tardività del

disconoscimento, svolte le prove orali, all'udienza del 19 dicembre 2008 la causa è stata discussa e decisa come da dispositivo pubblicamente letto.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Le domande svolte dal ricorrente sia in via principale sia in via subordinata non possono trovare accoglimento sulla base delle prevalenti risultanze istruttorie che non hanno dato un oggettivo riscontro alle circostanze del ricorso introduttivo poste a sostegno delle domande stesse.

Sostanzialmente il ricorrente ha sostenuto , pur avendo rivestito la qualifica di socio accomandante della convenuta società Betzabea sas , di avere in realtà svolto una attività di carattere subordinato lavorando come barista e addetto alla preparazione di primi piatti e panini, presso il locale gestito dalla convenuta stessa, percependo un compenso fisso a fine mese, dovendo giustificare assenze e richieste di permessi al socio accomandatario dal quale riceveva direttive, sostenendo altresì l'obbligo di presenza giornaliera e il rispetto degli orari fissati da socio accomandatario medesimo, dal quale veniva controllato.

In realtà tale soggezione non è stata pienamente confermata sulla base di una prova rigorosa come quella richiesta in ragione del fatto che il ricorrente comunque aveva titolo di essere presente nel locale gestito dalla società in veste appunto di socio accomandante.

In particolare :

-Il teste Deblasio , frequentatore del locale nel periodo dal 2001 e 2004, ha dichiarato di aver visto il ricorrente dietro al banco del bar insieme agli altri soci ovvero i diversi fratelli Quagliarella occupato a svolgere le mansioni indicate nel ricorso introduttivo assoggettato alle direttive degli altri soci; non è risultato informato sulla predisposizione di un orario di lavoro da parte del socio accomandatario e neppure sul fatto che il ricorrente provvedesse o meno all'approvvigionamento del bar; ha dichiarato che si recava nel locale un paio di volte la settimana alla sera.

-Il teste Marco Costatino Bortolussi, del pari frequentatore del locale dal 97 al 2004 quasi tutti i giorni principalmente alla sera dalle 18 in avanti, ha confermato che il ricorrente svolgeva attività di barman e si occupava anche di servire bibite ,panini e pietanze preparando l'aperitivo e relativo buffet; anche questo testimone ha confermato l'assoggettamento del ricorrente alle direttive dei soci Quagliarella Antonio, Sabino e Angelo; il teste ha dichiarato che oltre al ricorrente vi era anche un altro barman diverso dai soci.

Il teste Gianfranco Cervi dipendente della società dal 1997 ha dichiarato che il ricorrente oltre ad essere un socio lavorava al bar occupandosi di preparare panini, bevande, coktail ed aperitivi; ha affermato tuttavia che il ricorrente si alternava al bar con gli altri soci ed in particolare con il socio Sabino: a detta del teste erano i due soci che lavoravano di più sia di giorno che di sera, sia pure con turni diversi ; il testimone che

lavorava 8 h al giorno andando al mattino alle otto e terminando intorno alle 17-18 ha escluso che il ricorrente ricevesse ordini di lavoro dagli altri soci ma lavorava autonomamente come faceva l'altro socio Sabino e svolgeva quanto di volta in volta riteneva necessario senza prendere ordini da nessuno; ha del pari escluso che il ricorrente dovesse giustificare ritardi, venendo all'orario che riteneva più opportuno, dandosi il turno con l'altro socio; il testimone stesso come dipendente ha dichiarato che riceveva ordini sia dal ricorrente che dagli altri soci e per lui il ricorrente era come gli altri soci; il testimone ha precisato che per circa un mese il ricorrente ha lavorato anche quando il locale era stato ceduto alla Loco srl ma non è risultato a conoscenza delle modalità di risoluzione; ha confermato che i nuovi amministratori erano venuti a vedere locale e avevano parlato sia con il ricorrente che con gli altri soci.

Il teste Sabino Quagliarella, socio accomandante della Betzabea sas, fratello dell' accomandatario ha invece confermato le circostanze indicate nella memoria difensiva relative alla assoluta autonomia della prestazione evidenziando che per quanto riguarda la retribuzione sia il teste medesimo che il ricorrente prelevavano un acconto sugli incassi , di circa 2 milioni al mese, cifra che poi di anno in anno i medesimi hanno deciso di aumentare di Lit 500.000 alla volta; ha confermato quindi che nel 2004 entrambi prelevavano circa € 2500 -3000 al mese ; il teste ha evidenziato che non vi erano riunioni ufficiali tra i soci in quanto essendo sempre presenti tutti i giorni nel locale i soci

prendevano insieme le decisioni di volta in volta necessarie senza necessità di particolari formalità.

Pur a prescindere dal fatto relativo all' eventuale disconoscimento della sottoscrizione che compare sulle dichiarazioni dei redditi del ricorrente prodotte dalla parte convenuta (dalle quali si potrebbe desumere la avvenuta percezione di utili), disconoscimento risultato tardivo (art. 215 c.p.c.), ritiene il giudicante che le risultanze delle sopra riportate dichiarazioni testimoniali non consentano di ravvisare con la sufficiente certezza la sussistenza dei requisiti necessari per individuare la natura subordinata del rapporto di lavoro dedotto in causa.

In particolare ritiene il giudicante maggiormente significativa e decisiva la testimonianza del signor Cervi che è stato dipendente della Betzabea sas e quindi è il teste che ha avuto i contatti più continuativi con l'attività svolta dal ricorrente; questo testimone da un lato ha escluso che il ricorrente ricevesse direttive di lavoro dagli altri soci, agendo invece il sig Pivieri su base paritaria e autodeterminando l'attività di volta in volta necessaria per la gestione del bar; dall'altro il medesimo testimone ha affermato che riceveva direttive di lavoro in modo indifferente sia del ricorrente che dagli altri soci.

Va inoltre rimarcato che, sulla base di quanto detto dall'altro socio accomandante Sabino Quagliarella, circostanza non smentita dagli altri due testi(che in quanto frequentatori non si sono rivelati al corrente degli aspetti retributivi) il ricorrente, al

pari del socio Sabino Quagliarella prelevava direttamente dagli incassi la propria retribuzione man mano aumentandola di anno in anno sino ad arrivare ad € 2500 -3000 nel 2004.

Rileva pertanto il giudicante che la parte attrice non abbia raggiunto una prova sufficientemente rigorosa in ordine alla pretesa natura subordinata del rapporto di lavoro.

Ne risultano conseguentemente destituite di fondamento anche le ulteriori domande svolte dal ricorrente in ordine alla richiesta di accertamento della illegittimità o inefficacia del licenziamento con il conseguente ordine di riammissione in servizio e pagamento delle retribuzioni arretrate, trattandosi di domanda che deve trovare necessario presupposto nella sussistenza di rapporto di lavoro subordinato.

Ugualmente deve essere respinta la domanda relativa all'accertamento della subordinazione nei confronti della Loco srl in quanto, non essendo risultato il ricorrente lavoratore dipendente della Betzabea sas, non può trovare applicazione l'articolo 2112 c.c. e neppure nel ricorso introduttivo sono articolate prove in ordine alle modalità esecutive della prestazione lavorativa eventualmente resa dal ricorrente per la Loco srl.

Per quanto riguarda, infine, la pretesa contribuzione previdenziale in presenza almeno di una collaborazione coordinata e continuativa ritiene il giudicante che non ne sussistano gli estremi allorché la presenza del ricorrente nel locale gestito dalla società Betzabea sas e la sua attività lavorativa erano

giustificate dalla qualità di socio dello stesso; infatti, come si è osservato, tale qualità ha trovato conferma nell’istruttoria, essendo prevalentemente emerso che il medesimo gestiva il locale al pari degli altri soci.

Affinché infatti possa essere ravvisata una collaborazione coordinata e continuativa occorre che venga provato un quid pluris non potendo automaticamente attribuirsi la veste di collaboratore coordinato e continuativo al socio accomandante che pur svolga attività abituale prevalente per la società.

In altre parole sebbene l'attività del ricorrente sia contraddistinta dal requisito della continuatività, l'elemento della coordinazione non risulta ravvisabile ne è riconducibile in modo automatico alla mera qualifica di socio accomandante

Risulta del resto in questo senso anche la normativa Inps in ordine alla contribuzione da versarsi per i soci accomandanti(circolari n.1595/1978 e n. 249/1981, e messaggio n. 14163/1993), iscrivibili alla gestione commercianti solo ove concorrano le due seguenti condizioni:

-un rapporto di parentela ovvero di affinità entro il terzo grado con il socio accomandatario;

-l'effettivo svolgimento dell'attività istituzionale della società con carattere di abitualità e di prevalenza.

In difetto di uno o di entrambi i suddetti requisiti da parte del socio accomandante i versamenti contributivi sono ammessi (ovviamente a diversa gestione) solo allorchè sussistano le

caratteristiche del lavoro subordinato, che nella fattispecie sono invece escluse.

Le domande attrici pertanto devono essere rigettate anche se la non univocità delle risultanze istruttorie consente la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

rigetta il ricorso. Compensa le spese di lite tra tutte le parti.

Milano,19 dicembre 2008 il giudice