

N. R.G. 2016/1071



TRIBUNALE ORDINARIO di COMO

Sez II CIVILE

Nella causa civile iscritta al n. r.g. **1071/2016** promossa da:

(C.F.)

RICORRENTE

contro

ACSM-AGAM S.P.A. (C.F.)

RESISTENTE

IL CASO.it
Il giudice, sciogliendo la riserva dell'udienza 26/01/2017, ha emesso la seguente
ordinanza

Il ricorrente , dipendente di *Acsm-Agam SpA* e da questa, passato alle dipendenze di *Zi rete Gas SpA* - che il 1/5/2016 era subentrata ad *AARGA SpA* nella concessione del servizio di distribuzione del gas nei Comuni di Como e San Fermo - impugnava il proprio licenziamento-trasferimento (avvenuto contestualmente a quello di altri 33 lavoratori), disposto in base al dm 21/4/2011, per:

A.1) violazione del dm 21/4/2011, perché non era mai stato addetto alla funzioni, a livello centrale, di supporto alla distribuzione del gas, in quanto si occupava solo della gestione dei crediti dei clienti;

A.2) mancanza di giustificato motivo oggettivo, occupandosi in modo esclusivo dell'attività di vendita e non della distribuzione del gas, ed essendo l'unico in ufficio, a essere licenziato e trasferito e subito sostituito da un dipendente (), proveniente da un altro settore;

A.3) mancata adozione della procedura prevista per i licenziamenti collettivi;

B) disapplicazione dell'art 2112 cc.

Si costituiva *Acsm-Agam SpA*, *holding* del gruppo di imprese di cui faceva parte *AARGA SpA*, evidenziando che *Zi Rete Gas SpA* si era aggiudicata la gara a evidenza pubblica, indetta dal Comune di Como (capofila della convenzione con il Comune di San Fermo), per l'affidamento del



servizio di distribuzione del gas, che prevedeva l'obbligo di assunzione di 34 dipendenti da parte dell'aggiudicatario, per cui aveva individuato i profili professionali e i soggetti interessati dal passaggio, comunicandoli alle RSU aziendali, procedendo quindi, alla risoluzione dei relativi rapporti di lavoro. Sottolineava che il successivo ricorso ex art 28 l. 300/1970 promosso da due sindacati, era stato respinto, in quanto il giudice aveva ritenuto che doveva trovare esclusiva applicazione il dm 21/4/2011 e quindi, la corretta applicazione da parte della società dei criteri in esso stabiliti, che regolavano la vicenda come eccezione, in rapporto di specialità, rispetto alla normativa sui licenziamenti collettivi e sui trasferimenti d'azienda, perchè prevedeva la risoluzione del rapporto di lavoro e non il licenziamento, in quanto la cessazione del rapporto di lavoro con il gestore uscente determinava l'immediata instaurazione di un nuovo rapporto con il gestore entrante, con il conseguente mantenimento delle medesime condizioni economiche. Osservava che, in base al dm 21/4/2011, i dipendenti da trasferire potevano essere individuati tra il personale "*direttamente dipendente dalla società concessionaria o da una società da questa interamente controllata o dalla sua controllante al 100%*" addetto oltre che a determinate funzioni sull'impianto di distribuzione oggetto di gara, anche alle funzioni centrali, tra cui il servizio legale, i servizi amministrativi e la gestione del patrimonio e dei servizi, attività riconducibili alla posizione di _____, che si occupava del recupero crediti del settore gas, acqua ed elettricità. Negava infine, la riconducibilità della vicenda a quella prevista nell'art 2112 cc e a alla procedura di un licenziamento collettivo. Il ricorso appare infondato e dev'essere conseguentemente respinto.

Il dm 21/4/2011, emanato in base all'art 28 co 6 D Lgs 164/2000 per "*individuare gli strumenti utili a governare gli effetti sociali della trasformazione del gas*", nelle premesse prevede "*l'obbligo di assunzione del personale dei gestori uscenti addetto alla gestione degli impianti di distribuzione del gas*" nonché del "*personale dei centri di servizio che si occupa degli aspetti gestionali relativi al territorio, anche svolgendo funzioni di coordinamento di varie gestioni locali, dislocato in sedi differenti rispetto agli impianti e rispetto alla sede centrale*".

Tale criteri sono poi esplicitati nell'art 1 che distingue il personale addetto alla gestione degli impianti di distribuzione del gas che svolge, indipendentemente dalla sede di lavoro, le mansioni elencate al co 1 sull'impianto di distribuzione oggetto di gara, dal personale adibito alle funzioni centrali (co 2).

Il ricorrente _____, assegnato all'ufficio gestione crediti - ricompreso nell'elenco delle "funzioni centrali" che contempla, tra gli altri, "*i servizi amministrativi, . . . la gestione del patrimonio e dei servizi*" può senz'altro venir inserito nell'ambito del personale addetto a tali funzioni, che comprende, come precisato nel co 1 anche il personale della controllante al 100% della società concessionaria del servizio, quale risulta essere la resistente.

Il fatto che nel ricorso venga sottolineato che _____ è stato l'unico dell'ufficio gestione crediti ad



essere licenziato, senza motivazione, e subito sostituito da un altro dipendente, non sembra sufficiente a dimostrare l'illegittimità del suo trasferimento, non assimilabile a un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, riconducibile alla soppressione del posto di lavoro, come si dirà meglio in seguito.

Il dm cit. nulla prevede sulla motivazione della scelta dei lavoratori destinati al passaggio al nuovo gestore, per cui deve logicamente ritenersi che si tratti di una decisione rimessa alla valutazione del datore di lavoro, libero di selezionare, all'interno dei profili professionali individuati nell'art. 1 del dm cit., i dipendenti in esubero, da trasferire al nuovo gestore.

Si tratta peraltro, di un'ipotesi non nuova nel nostro ordinamento, in quanto, ad esempio, nel caso di trasferimento del lavoratore in una diversa unità produttiva, l'individuazione di chi trasferire può avvenire secondo il criterio della "ragionevole convenienza aziendale", per cui il controllo del giudice non può estendersi al merito della scelta operata dall'imprenditore (vd Cass 11126/2016).

In definitiva, poiché l'affidamento a un nuovo gestore della rete di distribuzione del gas per Como e San Fermo ha determinato l'esubero di diversi lavoratori, rendendone necessario il passaggio al nuovo gestore, non può essere censurata in questa sede la scelta (tra gli altri) di _____, addetto alla gestione crediti della controllante della concessionaria del servizio di distribuzione del gas, attività riconducibile alle funzioni di cui all'art 1 co 2 del dm cit.

Per quanto concerne la contrarietà del dm 21/4/2011 alle generale disciplina dei licenziamenti, di natura individuale o collettiva, appare opportuno osservare che il dm cit. contiene una normativa specifica, finalizzata a regolare le conseguenze sul piano occupazionale, dell'affidamento del servizio di distribuzione del gas a un nuovo gestore e ha quindi, carattere speciale ed eccezionale, per cui tale vicenda, del tutto particolare, non può essere assimilata né a un licenziamento, individuale o collettivo, né a un trasferimento (di ramo) d'azienda, con la conseguente inapplicabilità in via di interpretazione analogica o anche soltanto estensiva, delle norme che regolano queste ultime due materie.

D'altra parte nel ricorso non sono evidenziati elementi significativi, di originalità tale da rendere il subentro del nuovo gestore per la distribuzione del gas nei Comuni di Como e San un evento particolare, "anomalo", rispetto a quello tipico previsto e disciplinato dal dm cit. che assicura la tutela dei diritti dei lavoratori per una vicenda diversa da quella regolata dalla direttiva 2001/23/CE che *"ha come ambito di applicazione il trasferimento di imprese o di parti di imprese, purchè l'entità economica trasferita conservi la propria identità, mentre il solo trasferimento del personale oggetto del presente decreto [unitamente alla rete di distribuzione del gas] non permetterebbe di conservare la identità dell'entità economica di partenza, non comprendendo il trasferimento di mezzi, di sale operative, di procedure e sistemi informatici con cui il personale opera"*.

L'estinzione del rapporto di lavoro con la resistente non è certo riconducibile a un licenziamento



individuale o collettivo, non solo perché si è concluso a seguito di “risoluzione” (art 2 co 1 dm cit.) - che presuppone un evento successivo alla conclusione del contratto, che ne impedisca la regolare esecuzione - e non per recesso/licenziamento - che implica l’esercizio del potere unilaterale di revoca del contratto da parte di chi l’abbia stipulato - ma soprattutto perché alla cessazione del rapporto con il gestore uscente, non segue la mobilità né tantomeno la perdita definitiva del posto di lavoro in quanto i lavoratori transitano automaticamente al nuovo gestore, senza perdere un solo giorno di retribuzione, ragion per cui non spetta loro l’indennità di preavviso.

Per quanto concerne la pretesa applicabilità della disciplina che regola la cessione di ramo d’azienda, a parte la palese contraddittorietà con la tesi iniziale, sostenuta in fatto dal ricorrente - che ha negato di occuparsi della rete di distribuzione oggetto della gara pubblica, per poi rivendicare il passaggio automatico al nuovo gestore ex art 2112 cc, che implica invece, l’assegnazione a tale rete – se ne deve rilevare la totale infondatezza.

Nel caso in esame infatti, non si è realizzata una cessione di ramo d’azienda in quanto ACSM - AARGA non aveva costituito una struttura decentrata, che operava in modo autonomo e quindi “autosufficiente”, per la distribuzione del gas nei soli Comuni di Como e San Fermo, come si è già detto in occasione dell’esame del primo motivo.

A parte le condutture e gli impianti di controllo della rete, presenti sul territorio dei due Comuni interessati, il servizio di distribuzione veniva gestito a livello centrale, dov’erano dislocati sia l’organizzazione industriale (cioè “*mezzi, sale operative, procedure e sistemi informatici*”, stando all’elencazione esemplificativa contenuta nel dm cit.) sia il personale dipendente, come inequivocabilmente dimostrato dal fatto che tutti i lavoratori coinvolti nel passaggio al nuovo gestore, non erano addetti in via esclusiva o anche solo prevalente alla rete di Como e San Fermo, ma si occupavano, secondo le rispettive mansioni, di tutta la rete gestita da AARGA e dei servizi centrali connessi.

E’ mancata pertanto, la cessione al nuovo gestore di beni strumentalmente organizzati per la distribuzione del gas nei Comuni di Como e San Fermo, in modo autonomo e separato dalla restante rete di distribuzione del gas per gli altri Comuni gestiti da AARGA.

Peraltro sembra anche improprio assimilare a un ordinario bene aziendale la rete di distribuzione del gas (quella di Como, rimasta di proprietà di *AcsmAgam*, che ha invece ceduto al nuovo gestore, *Zi Rete Gas*, la rete di San Fermo), trattandosi di un bene vincolato all’erogazione di un servizio pubblico e destinato al termine dell’affidamento, a entrare nella piena disponibilità del Comune (art 14 co 4 D Lgs 164/2000).

Peraltro, il pagamento da parte di *Zi Rete Gas* di un canone ai Comuni di Como e San Fermo (doc. 8 ricorso - che sembra solo una semplice bozza del futuro contratto di servizio) e del pagamento da parte del Comune di Como di un canone ad *AcsmAgam*, non può ritenersi un espediente per



“occultare” il pagamento del corrispettivo dovuto dal nuovo gestore per l'utilizzo di un bene aziendale altrui (nel qual caso il pagamento sarebbe stato diretto), quanto più semplicemente, il ristoro per il Comune di Como - che in base al disciplinare di gara e al contratto di servizio non doveva subire alcun aggravio di costi - del canone dovuto ad *AcsMAgam* per il diritto d'uso perpetuo e inalienabile ex art 1021 cc, costituito a suo favore sulla rete di proprietà di detta società ex art 35 co. 11 l. 448/2001.

In ogni caso, oltre alla mancanza di un passaggio di elementi materiali significativi, necessario per ravvisare il mutamento nella titolarità di un'organizzazione economica, non vi è stata neppure la necessaria acquisizione di un complesso organizzato di persone - che, in talune ipotesi è stato addirittura ritenuto sufficiente a configurare un trasferimento di azienda, pur in mancanza della cessione di mezzi patrimoniali - in quanto perché possa ravviarsi tale evenienza, è comunque richiesto che le capacità ed esperienze acquisite dai lavoratori abbiano un ruolo assolutamente preminente sugli strumenti aziendali, tale da renderli capaci di svolgere le medesime funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro, senza il supporto di beni strumentali (vd Cass 10761/2002) ipotesi da escludere nella vicenda esaminata perché, come già detto, i dipendenti transitati al nuovo gestore non facevano parte di uno stesso “blocco”, addetto alla rete oggetto di gara e comunque, l'attività di gestione e controllo della distribuzione del gas non può prescindere dall'impiego di complessi e sofisticati apparati tecnici.

In conclusione, nella vicenda in esame si è semplicemente realizzata la successione di un imprenditore a un altro nella gestione, con la propria autonoma organizzazione, di un servizio pubblico per cui, non essendosi verificato il semplice mutamento della titolarità di una struttura produttiva, rimasta sostanzialmente invariata (richiesto per escludere una discontinuità, cioè una reale separazione, distinzione, tra l'organizzazione aziendale che subentra all'altra), per ravvisare il quale non basta l'obbligo a riassumere il personale impiegato dal precedente gestore, non si è realizzato un trasferimento di azienda (art 29 co 3 D Lgs276/2003).

Per quanto concerne infine, la contestazione circa la natura discriminatoria della scelta di tra i lavoratori di cui è stata decisa la risoluzione del contratto, è sufficiente osservare che la legittimità di tale decisione, per lo svolgimento di una delle funzioni elencate nell'art 1 co 1 dm 21/4/2011 sull'impianto di distribuzione del gas affidato al nuovo gestore, è incompatibile con l'intento discriminatorio o ritorsivo, che deve avere un'efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro e non è stato adeguatamente provato.

Vista la novità della questione esaminata e la mancanza di una giurisprudenza consolidata, appare corretto compensare tra le parti le spese di giudizio.

pqm

visto l'art 1 co 49 l. 92/2012



respinge

il ricorso

compensa

tra le parti le spese di giudizio.

Si comunichi.

Como, 08/02/2017

Il giudice
Giovanni Luca Ortore

IL CASO.it

