



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO
Sezione Lavoro

La dott.ssa Eleonora Maria Velia Porcelli in funzione di giudice del lavoro ha pronunciato la seguente

SENTENZA NON DEFINITIVA

nella causa iscritta al **N. 908/2023 R.G.** promossa da:

F **F**, con il patrocinio dell'avv. MOSHI NYRANNE, PALMIERI DANIELA e ASSAEL IVAN, elettivamente domiciliato in VIA CARDUCCI, 31 MILANO

contro

T **SPA**, con il patrocinio dell'avv. GIUSTINIANI MARCELLO e dell'avv. CONTI MARIA GIOVANNA, elettivamente domiciliato in VIA BAROZZI, 1 MILANO

Oggetto: retribuzione ferie

Svolgimento del processo.

Con ricorso al Tribunale di Milano, sezione lavoro, depositato telematicamente in data 1-2-23, **F** **F** ha convenuto in giudizio **T** s.p.a. per sentir accertare la nullità dell'art. 30 del c.c.n.l. 2016 e dell'art. 14, 3° comma, dell'accordo aziendale 2016, nella parte in cui non prevedono che i giorni di ferie devono essere retribuiti tenendo conto anche dell'indennità per lavoro domenicale o festivo, dell'indennità alla vendita di titoli di viaggio, dell'indennità di utilizzazione parte variabile, dell'indennità di assenza dalla residenza, del compenso per scorta vetture eccedenti e dell'indennità lavoro notturno; il ricorrente ha quindi chiesto l'accertamento del proprio diritto di percepire, per ciascun giorno di ferie, un importo pari alla retribuzione complessiva, calcolata sulla media dei compensi percepiti nei dodici mesi di fruizione delle ferie a titolo sia di retribuzione fissa sia di retribuzione variabile legata

alla esecuzione della prestazione e alla qualifica, con conseguente condanna della convenuta al pagamento del complessivo importo di € 7.276,69, oltre interessi e rivalutazione, con riferimento al periodo dal gennaio 2016 al 30 novembre 2022.

Premesso di lavorare alle dipendenze della convenuta, quale capo treno/capo servizi treno, il ricorrente ha lamentato che, durante i giorni di ferie, la società datrice di lavoro aveva erogato i soli elementi retributivi fissi ed alcuni elementi variabili ed accessori.

In punto di diritto ha dedotto la nullità delle disposizioni contrattuali per contrarietà con la normativa UE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Costituendosi ritualmente in giudizio, la società convenuta ha contestato la fondatezza della pretesa avversaria, di cui ha chiesto il rigetto.

Esperito infruttuosamente il tentativo di conciliazione, il Giudice ha invitato i procuratori delle parti alla discussione orale e ha pronunciato sentenza, dando lettura del dispositivo in udienza.

Motivi della decisione

Il ricorso è fondato e merita accoglimento, nei limiti e con le precisazioni che si vanno ad esporre.

La questione oggetto del presente giudizio è stata già affrontata dal Tribunale di Milano, con le sentenze n. 1703/2018 e n. 2000/2018, e dalla Corte di Appello di Milano, con la sentenza n. 649/19: tali sentenze -le cui conclusioni ed argomentazioni sono integralmente condivise dal giudicante e vengono richiamate ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c.- hanno riconosciuto il diritto dei macchinisti a percepire, per ogni giorno di ferie, una retribuzione comprensiva delle voci di retribuzione variabile "incentivo per attività di condotta" e "indennità di riserva", calcolate sulla media dei compensi percepiti nei dodici mesi precedenti la fruizione delle ferie, previa declaratoria della nullità delle norme della contrattazione collettiva ed aziendale nella parte in cui non prevedono l'inclusione di tali voci nella retribuzione da corrispondere durante le ferie.

È intervenuta altresì la Cassazione che, nella sentenza n. 13425/2019, ha chiarito la sussistenza di una nozione europea di "retribuzione", ai sensi dell'art. 7 della Direttiva 2003/88/CE e dell'interpretazione della Corte di Giustizia, comprensiva degli importi pecuniari che compensano "qualsiasi incomodo intrinsecamente collegato all'esecuzione delle mansioni" e degli elementi della retribuzione "correlati allo status personale e professionale" del lavoratore, mentre sono esclusi "gli elementi della retribuzione complessiva del lavoratore

diretti esclusivamente a coprire spese occasionali o accessorie che sopravvengano in occasione dell'espletamento delle mansioni “.

E' noto che le sentenze della Corte di Giustizia hanno efficacia erga omnes e comportano la necessita' di interpretare il diritto interno in senso conforme alle stesse: nessun rilievo puo', quindi, essere attribuito al fatto che l'art. 10 del D. Lgs. n. 66/2003 sia attuazione di direttive differenti rispetto alla Direttiva 2003/88/CE.

Appare evidente che le indennita' di utilizzazione professionale (indennita' di condotta) sono importi intrinsecamente collegati alla prestazione di lavoro del macchinista.

Per quanto riguarda l'indennita' prevista dall'art. 77, pt. 2, C.C.N.L. (“assenza dalla residenza”), il Tribunale di Milano ha affermato che, *“nonostante quanto previsto dal CCNL, deve osservarsi che le caratteristiche di detta indennità sono tali da determinarne, secondo quanto chiarito dalla Suprema Corte con la sentenza n. 13425 del 17.5.2019 e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ivi citata, l'inclusione a pieno titolo tra le voci che compongono la base di calcolo per la retribuzione dei periodi di ferie. Si tratta infatti, di indennità riconosciuta al solo personale mobile in considerazione del fatto che tale personale svolge un'attività che lo costringe ad essere costantemente lontano dalla propria sede: si tratta, quindi, di indennità intrinsecamente connessa alla natura delle mansioni svolte dal lavoratore. Evidente, inoltre, la natura di compensazione dell'incomodo consistente nell'essere in costante movimento e nel non avere, quindi, un luogo fisso di lavoro. Non può, invece, parlarsi di indennità avente natura di rimborso di spese occasionali ed accessorie, in primo luogo perché chiaramente connessa al continuo (e non occasionale) allontanamento dalla residenza dovuto all'espletamento della mansione tipica di conduzione del treno, in secondo luogo perché non risulta che nello svolgimento di tali mansioni il macchinista di Trenord, che parte e fa rientro alla propria sede tutti i giorni, sostenga alcuna spesa (al di là di quanto pagato a parte con buoni pasto). Sul punto, al di là del richiamo alle disposizioni del CCNL sopra citate, non si rinvengono difese o contestazioni specifiche da parte della società convenuta”* (Tribunale di Milano, 9 dicembre 2020, n. 2333).

Il suddetto orientamento risulta del tutto condivisibile in quanto sulla natura dell'emolumento in parola debbono farsi considerazioni diametralmente opposte a quelle relative alla voce di cui all'art. 77, pt. 1, C.C.N.L.: deve, quindi, essere disapplicato l'art. 77, pt. 2.4 del c.c.n.l. nella parte in cui non include, nella retribuzione da corrispondere durante le ferie, la voce “assenza dalla residenza”.

Per le medesime ragioni di cui alla voce “assenza dalla residenza”, deve essere parimenti accolta la domanda relativa all’indennità di utilizzazione professionale variabile posto che anche quest’ultima è, senza dubbio, un emolumento strettamente correlato allo svolgimento della mansione e finalizzato a compensare il disagio per l’espletamento dell’attività lavorativa (sul punto, si vedano anche Trib. Milano, Sez. Lav., 29 marzo 2021, n. 207; Trib. Milano, Sez. Lav., 22 luglio 2021, n. 1986).

Per quanto riguarda la voce provvigioni per vendita titoli di viaggio a bordo treno, l’art. 80, comma 2 del c.c.n.l. prevede: *“Al personale di bordo che provvede alla vendita di titoli di viaggio e di altri servizi offerti dall’azienda ai viaggiatori, verrà riconosciuta una provvigione per ogni vendita conclusa.*

Le modalità di erogazione di tale provvigione saranno oggetto di specifico accordo da definire fra le parti a livello aziendale”. La misura percentuale riconosciuta è indicata dall’art. 36, comma 5, del contratto aziendale del 2016.

La convenuta sottolinea il carattere eventuale ed occasionale di tale erogazione.

Si tratta, peraltro, di una mansione tipica del capo treno, che deve controllare i titoli di viaggi e provvedere eventualmente alla emissione di nuovo biglietti con le relative sanzioni: tale mansione rientra nelle ordinarie mansioni del capotreno e la non prevedibilità e variabilità dell’ammontare dell’indennità corrisposta non comportano aleatorietà.

Per quanto riguarda l’incidenza delle voci in esame sulla retribuzione percepita durante le ferie e la configurabilità o meno di un effetto dissuasivo dell’esercizio del diritto al godimento delle ferie si richiamano integralmente le sentenze sopra citate.

Inoltre nella sentenza n. 730/22 la Corte di Appello di Milano ha precisato: *“...l’asserita incidenza irrisoria di detta indennità sulla retribuzione annua dell’appellato, sostenuta da parte appellante, non trova riscontro nei cedolini paga in atti, da cui emergono importi non trascurabili erogati al lavoratore a tale titolo; inoltre, come evidenziato nel precedente giurisprudenziale di questa Corte sopra richiamato, non pare corretto limitare il raffronto alla sola prospettiva annuale, risultando maggiormente aderente alla ratio dell’istituto valorizzare anche la prospettiva mensile. In tale prospettiva l’entità del divario risulta apprezzabile e va altresì considerato che valutazioni condotte sul più breve arco temporale del mese possono rivestire in concreto portata dissuasiva rispetto alla fruizione delle ferie”.*

Anche con riferimento all’indennità di “scorte vetture eccedenti” effettivamente la stessa è condizionata dal numero di vetture componenti il convoglio, tuttavia si tratta di indennità

strettamente correlata con la mansione svolta dal capotreno e finalizzata a compensare il maggior disagio ad esse connesso. (Corte d'Appello di Milano, sent. N. 966/2022).

Non può, infatti, dubitarsi della sussistenza di uno specifico nesso funzionale tra le indennità fin qui esaminate e lo svolgimento della mansione di capotreno, trattandosi di voci retributive dirette a compensare una specifica modalità di svolgimento dell'attività lavorativa prevista dal contratto di lavoro, non avente carattere puramente occasionale né di rimborso spesa.

La domanda risulta invece infondata per quanto riguarda l'indennità per lavoro domenicale e festivo e l'indennità lavoro notturno.

Questo Tribunale ha già infatti evidenziato che si tratta di *“indennità che non sono intrinsecamente connesse alle mansioni svolte dai ricorrenti, giacché qualunque lavoratore con qualsiasi mansione potrebbe realizzare, occasionalmente, i presupposti previsti dalla contrattazione collettiva per la loro corresponsione”* (Trib. Milano, Sez. Lav., 25 gennaio 2023, n. 234).

In particolare non si tratta di indennità volte a compensare disagi intrinsecamente connessi alla mansione di cui si discute (sul punto, anche Trib. Venezia, Sez. Lav., 27 aprile 2022, n. 295): il lavoro notturno, domenicale o festivo, difatti, *“non [costituisce] una particolare qualità/caratteristica della mansione, ma una semplice collocazione oraria del lavoro, comune a qualsiasi attività espletabile in regime di subordinazione”* (Trib. Milano, Sez. Lav., 19 luglio 2022, n. 1889).

Il ricorrente ha quindi diritto di percepire, per ciascun giorno di ferie, una retribuzione comprensiva dell'indennità di assenza dalla residenza, dell'indennità alla vendita titoli di viaggio, dell'indennità di utilizzazione e dell'indennità per scorta vetture eccedenti, calcolata sulla media dei compensi percepiti nei dodici mesi precedenti la fruizione delle ferie e detratto l'importo fisso percepito.

Per quanto riguarda la quantificazione degli importi dovuti, in primo luogo deve essere superata l'eccezione di prescrizione delle somme relative al periodo anteriore al 7-2-16, avanzata dalla convenuta nelle sue difese.

La Cassazione, nella sentenza n. 26246/ 22 ha chiarito: *“Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della legge n. 92 del 2012 e del decreto legislativo 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 legge 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”.

Nel caso di specie il rapporto di lavoro del ricorrente e' ancora in corso e quindi il termine prescizionale non ha ancora iniziato a decorrere: le somme richieste riguardano, infatti, il periodo dal 2016 al novembre 2022.

Sempre in punto di *quantum*, la società afferma che le differenze retributive andrebbero limitate al solo periodo di quattro settimane per ciascun anno, richiamando in particolare, quanto affermato dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGUE del 13.1.2022, nella causa C-514/20) e dalla Corte di Cassazione (sentenza del 23/06/2022, n.20216). Nello specifico, quest'ultima pronuncia ha affermato che i periodi eccedenti le quattro settimane ricadrebbero in *“una materia non regolata dal diritto dell'Unione e rimessa, invece, alle parti collettive”*.

Tali considerazioni potrebbero valere nel caso in cui la contrattazione collettiva applicata prevedesse un numero di giorni di ferie superiore a quattro settimane, vale a dire superiore a ventotto giorni: per i giorni ulteriori si dovrebbe applicare, ai fini del calcolo della retribuzione, quanto previsto dal c.c.n.l. e non potrebbe trovare applicazione la giurisprudenza sopra citata della Corte di Giustizia.

Peraltro l'art. 30 CCNL applicato dalla convenuta dispone: *“Ai lavoratori spetta per ogni anno di servizio, nei termini di seguito riportati, un periodo di ferie retribuito pari a:*

a) per i lavoratori fino a 8 anni di anzianità di servizio:

- 20 giorni lavorativi, se l'articolazione dell'orario settimanale è su 5 gg.;

- 24 giorni lavorativi, se l'articolazione dell'orario settimanale è su 6 gg.;

b) per i lavoratori con più di 8 anni di servizio:

- 25 giorni lavorativi, se l'articolazione dell'orario settimanale è su 5 gg.;

- 29 giorni lavorativi, se l'articolazione dell'orario settimanale è su 6 gg.”

Nel caso di specie il ricorrente ha un'anzianita' inferiore a otto anni di servizio, e quindi ha maturato un numero di giorni di ferie inferiore a ventotto.

Ne' puo' assumere rilievo l'eventuale fruizione, in concreto, di un numero superiore di giorni di ferie a causa della mancata fruizione, nell'anno precedente, di tutti i giorni maturati.

Infine la società convenuta sostiene che, *“al fine di ottenere la media delle competenze accessorie (asseritamente dovute anche nelle giornate di ferie), il totale delle indennità percepite nei giorni di ordinaria presenza deve essere diviso per i consueti 26esimi sui quali è*

strutturata contrattualmente la retribuzione mensile e non invece, come ha fatto controparte, per i giorni effettivi di presenza”.

Anche tale tesi non può essere condivisa e deve pertanto essere valorizzato il dato concreto.

La convenuta richiama l'art. 68, comma 6, del c.c.n.l.

Pertanto tale norma disciplina la retribuzione fissa e, pertanto, il divisore 26 deve intendersi utilizzabile solo per tale retribuzione.

Per quanto riguarda, invece, le voci oggetto del presente giudizio risulta più corretto il criterio dell'effettività.

Infatti, secondo i principi espressi dalla giurisprudenza europea, la retribuzione delle ferie deve essere calcolata in modo tale da coincidere con la retribuzione relativa alla effettiva attività svolta e non alla sola parte fissa della medesima.

Per la concreta quantificazione degli importi spettanti al ricorrente verrà disposta apposita c.t.u. contabile.

Ogni statuizione sulle spese è riservata al definitivo.

P.Q.M.

Non definitivamente pronunciando,

accerta la nullità dell'art. 30 del c.c.n.l. 2016 e dell'art. 14, 3° comma, dell'accordo aziendale del 2016;

dichiara il diritto del ricorrente di percepire, per ciascun giorno di ferie, una retribuzione comprensiva dell'indennità di assenza dalla residenza, dell'indennità alla vendita titoli di viaggio, dell'indennità di utilizzazione e dell'indennità per scorta vetture eccedenti, calcolate sulla media dei compensi percepiti nei dodici mesi precedenti la fruizione delle ferie e detratto l'importo fisso percepito;

accerta il diritto del ricorrente alle conseguenti differenze retributive;

rigetta per il resto il ricorso;

dispone con separata ordinanza per il prosieguo del giudizio;

spese al definitivo;

fissa termine di trenta giorni per il deposito della sentenza.

Milano, 04/05/2023

il Giudice

Dott. Eleonora Maria Velia Porcelli