

Il Commerci@lista®

lavoro e previdenza



Rivista bimestrale a diffusione nazionale di diritto, economia ed organizzazione del lavoro

anno VIII n. 4

testata iscritta al Registro Stampa del Tribunale di Biella al n. 576 - ISSN 2531-5250

Marzo/Aprile 2019

In collaborazione con il COMITATO SCIENTIFICO GRUPPO ODCEC AREA LAVORO

MARITTIMI IMBARCATI SU NAVI STRANIERE

di Paolo Soro*

vuoto normativo concernente i lavoratori marittimi italiani imbarcati su navi immatricolate in Paesi stranieri privi di convenzione bilaterale con l'Italia determina situazioni di doppia "nonimponibilità" del reddito. Vediamo perché. Tra le varie fattispecie di lavoro dipendente prestato all'estero, lo specifico segmento del sistema fiscale e previdenziale applicabile ai marittimi italiani imbarcati su navi battenti bandiera straniera, appare del tutto anomalo. Il principio cardine di matrice costituzionale - come noto - è quello di cui all'art. 53 della Costituzione Italiana (capacità contributiva), in base al quale: "Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva". Ne consegue che i redditi debbano essere tassati in Italia laddove il percipiente sia fiscalmente residente in Italia (requisito soggettivo), ovvero detti redditi attengano a un'attività svolta sul territorio italiano (requisito oggettivo). In entrambi i casi, vige il citato principio di capacità contributiva e il percipiente deve corrispondere le imposte relative ai redditi prodotti.

Le regole in base alle quali viene data attuazione all'anzidetto principio di rango costituzionale sono stabilite dal decreto del presidente della repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 "Approvazione del testo unico delle imposte dirette" (TUIR), il quale definisce alcuni ulteriori elementi fondamentali.

In particolare, l'articolo 2 individua la residenza delle persone fisiche come il luogo in cui, per la maggior parte del periodo d'imposta (più di 183 giorni):

- sono iscritte alle anagrafi delle popolazioni residenti;
- hanno nel territorio dello Stato il domicilio (ex art. 43, Codice civile);

• hanno nel territorio dello Stato la residenza (sempre, ex art. 43, Codice civile).

Il successivo articolo 3, al comma 1, statuisce l'applicazione (in Italia, come in quasi tutti gli altri Stati del mondo) del c. d. Worldwide Principle Taxation – Principio della Tassazione Mondiale – per il quale, chi è fiscalmente residente deve versare le imposte su tutti i redditi posseduti, ovunque prodotti: "L'imposta si applica sul reddito complessivo del soggetto, al netto degli oneri deducibili".

Infine, con espresso riguardo alla territorialità dei redditi di lavoro dipendente, l'articolo 23 precisa che gli stessi si considerano prodotti in Italia se l'attività è svolta in Italia.

In base alla vigente normativa, un cittadino italiano non iscritto all'AIRE (Anagrafe Italiani Residenti all'Estero) che presta lavoro come dipendente all'estero nei Paesi firmatari di trattati fiscali e previdenziali con l'Italia, dovrà, dal punto di vista tributario, dichiarare in patria tutti i redditi prodotti e versare le relative imposte mentre dal lato contributivo, dovrà assolvere agli obblighi dettati dalle convenzioni previdenziali in essere portando in deduzione dal reddito imponibile denunciato in Italia gli eventuali contributi trattenuti dal datore di lavoro straniero e versati all'Autorità locale.

Al fine di evitare situazioni irragionevoli e penalizzanti per i lavoratori, i Paesi hanno siglato convenzioni bilaterali e (in osservanza alle attuali raccomandazioni dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico - OCSE) multilaterali contro le doppie imposizioni fiscali nonché accordi specifici sulle principali regole bilaterali in materia di previdenza sociale e di assistenza volte a regolamentare, tra l'altro, il regime pensionistico.

Nel dettaglio, il modello convenzionale raccomandato dall'OCSE e utilizzato (seppure spesso con alcune variazioni) dagli oltre 100 Paesi membri, disciplina – ai primi due commi dell'art. 15 – i redditi di lavoro dipendente:

- 1. Fatte salve le disposizioni dei successivi articoli 16, 18 e 19, i salari, le paghe e altre forme di remunerazione simili ottenute da un residente di un Paese Contraente con riferimento a un contratto di lavoro dipendente devono essere tassate solamente in quel Paese a meno che il rapporto di lavoro non sia esercitato nell'altro Paese Contraente. In tal caso, la remunerazione deve essere tassata nell'altro Paese.
- 2. Nonostante le previsioni di cui al paragrafo 1, la remunerazione ottenuta da un residente di un Paese Contraente con riferimento a un contratto di lavoro dipendente nell'altro Paese Contraente deve essere tassata solamente nel primo Paese se:
 - a) colui che riceve la remunerazione è presente nell'altro Paese per un periodo o per periodi non superiori a 183 giorni considerati in un arco temporale di dodici mesi consecutivi che hanno inizio o termine nell'anno di riferimento per le imposte, e
 - b) la remunerazione è pagata da, o per conto di, un datore di lavoro che non è residente dell'altro Paese, e
 - c) la remunerazione non è originata da una stabile organizzazione che il datore di lavoro possiede nell'altro Paese.

Le disposizioni di cui sopra corrispondono al modello convenzionale raccomandato dall'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), il quale, sempre all'art. 15, disciplina i redditi da lavoro dipendente con un testo simile al modello convenzionale OCSE. Giova tuttavia ricordare che alcuni Paesi, come per esempio gli Stati Uniti,

sottoscrivono i trattati adottando il modello convenzionale dell'ONU che si differenzia da quello dell'OCSE per aspetti che esulano dalla disciplina relativa al reddito di lavoro dipendente.

I menzionati due modelli convenzionali (OCSE e ONU) sono simili anche nelle previsioni di cui ai successivi articoli 23/A e 23/B, che individuano due metodi per contrastare il fenomeno della doppia tassazione, più precisamente il metodo dell'esenzione e il metodo del credito (la maggior parte dei Paesi – inclusa l'Italia – ha optato per quest'ultimo).

- Quando il residente di un Paese Contraente realizzi reddito o possieda capitale che, in conformità con le previsioni di questa Convenzione, deve essere tassato nell'altro Paese Contraente, il primo Paese menzionato deve consentire:
 - la deduzione dalle imposte sul reddito di tale residente, per un ammontare pari alle imposte sul reddito pagate nell'altro Paese;
 - la deduzione dalle imposte pagate sul capitale del soggetto residente, in un ammontare pari alle imposte sul capitale pagate nell'altro Paese.

Tale deduzione in ogni caso non deve eccedere la parte di imposte sul reddito o sul capitale, come calcolate prima dell'effettuazione della deduzione, che è attribuibile, a seconda dei casi, al reddito o al capitale che deve essere tassato nell'altro Paese.

2. Quando in conformità con qualsiasi previsione di questa Convenzione il reddito realizzato o il capitale posseduto da un residente di un Paese Contraente venga esentato dalla tassazione in quel Paese, tale Paese deve comunque, nel calcolo delle imposte sul reddito o capitale residuo di tale residente, tenere in considerazione il reddito o il capitale esentato.

La norma convenzionale in parola è poi ratificata dall'ordinamento italiano all'art. 165 del TUIR, il quale, al primo comma, dispone che:

Se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione dall'imposta netta dovuta fino alla concorrenza della quota d'imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero e il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti periodi d'imposta ammesse in diminuzione.

Dopo di che, con specifico riferimento al reddito di lavoro dipendente svolto all'estero,

interviene un'ulteriore disposizione del TUIR (art. 51, comma 8 bis):

In deroga alle disposizioni dei commi da 1 a 8, il reddito di lavoro dipendente, prestato all'estero in via continuativa e come oggetto esclusivo del rapporto da dipendenti che nell'arco di dodici mesi soggiornano nello Stato estero per un periodo superiore a 183 giorni, è determinato sulla base delle retribuzioni convenzionali definite annualmente con il decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale.

Le retribuzioni convenzionali, pertanto, si applicano al verificarsi delle seguenti condizioni:

- il lavoratore dipendente è fiscalmente residente in Italia;
- il lavoro dipendente svolto all'estero in via continuativa è equiparabile a uno dei profili individuati nel citato decreto ministeriale sulle retribuzioni convenzionali;
- il lavoro è l'oggetto esclusivo del rapporto;
- il lavoro è stato svolto all'estero per un periodo superiore a 183 giorni anche non consecutivi, nell'arco di dodici mesi (dunque, non necessariamente all'interno del medesimo anno solare).

Laddove non si verifichino le suddette condizioni, non si potranno applicare le retribuzioni convenzionali e il reddito verrà tassato in base alla retribuzione complessiva effettivamente percepita (al netto degli oneri previdenziali eventualmente trattenuti e versati dal datore di lavoro estero), fatta naturalmente salva l'applicazione delle detrazioni di legge per lavoro dipendente previste dall'ordinamento tributario italiano. Ad integrazione dei punti di cui sopra, si rammenta che, in merito alla determinazione del periodo in questione, la Circolare 207/2000 dell'Agenzia delle Entrate ha chiarito che, per quanto concerne il computo dei giorni di effettiva permanenza del lavoratore all'estero, il periodo da considerare non necessariamente deve risultare continuativo, è sufficiente, infatti, che il lavoratore presti la propria opera all'estero per più di 183 giorni nell'arco di dodici mesi. Appare opportuno precisare che il Legislatore, con l'espressione "nell'arco di dodici mesi", non ha inteso fare riferimento al periodo d'imposta, ma alla permanenza del lavoratore all'estero stabilita nello specifico contratto di lavoro che può anche prevedere un periodo a cavallo di due anni solari. Per l'effettivo conteggio, poi, dei giorni di permanenza del lavoratore all'estero rilevano nel computo del limite dei 183 giorni, i periodi di ferie, le festività, i riposi settimanali e gli altri giorni

non lavorativi indipendentemente dal luogo in cui sono trascorsi.

Dal punto di vista previdenziale, invece, il decreto legge 317/1987 (art. 1) statuisce:

I lavoratori italiani operanti all'estero, in Paesi extracomunitari con i quali non sono in vigore accordi di sicurezza sociale, alle dipendenze dei datori di lavoro italiani e stranieri, sono obbligatoriamente iscritti alle seguenti forme di previdenza e assistenza sociale, con le modalità in vigore nel territorio nazionale: a) assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti; b) assicurazione contro la disoccupazione involontaria; d) assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali; e) assicurazione contro le malattie; f) assicurazione di maternità.

Tale descritta regolamentazione afferente il lavoro dipendente svolto all'estero ha, peraltro, delle significative eccezioni soprattutto nell'ambito della particolare categoria dei marittimi.

Prima di affrontare una analisi dettagliata delle varie problematiche normative riferita al lavoro marittimo, giova ricordare le due principali definizioni che individuano il particolare settore.

Il decreto legislativo 71/2015 individua il lavoratore marittimo come ogni persona che svolge, a qualsiasi titolo, servizio o attività lavorativa a bordo di una nave, che ha ricevuto una formazione ed è in possesso di un certificato di competenza o di un certificato di addestramento o di altra prova documentale.

Per quanto, invece, concerne la definizione di "nave", il Codice della navigazione individua come tale, qualsiasi costruzione destinata al trasporto per acqua, anche a scopo di rimorchio, di pesca, di diporto o ad altro scopo.

Sempre secondo lo stesso Codice della navigazione, le navi italiane in alto mare, in luogo o spazio non soggetto a sovranità di altro Stato straniero, sono considerate come territorio italiano. Pertanto, l'essere a bordo di tali imbarcazioni (anche se in navigazione) equivale a trovarsi nel territorio dello Stato. Individuati i concetti di lavoratori marittimi e di nave, si riprende l'analisi normativa sulle eccezioni previste per questo settore. In base al modello convenzionale, l'ultimo comma del già citato articolo 15 (sia OCSE sia ONU), stabilisce che:

Nonostante le precedenti previsioni di questo Articolo, la remunerazione ottenuta con riferimento a un rapporto di lavoro dipendente svolto a bordo di un'imbarcazione o velivolo che opera nel traffico internazionale o a bordo di una barca che svolge trasporto per vie interne marine navigabili, deve essere tassata nel Paese Contraente nel quale è situato il luogo di effettiva amministrazione dell'impresa.

Gli stessi modelli convenzionali (articolo 3) definiscono anche il concetto di "traffico internazionale", da intendersi come qualsiasi trasporto mediante imbarcazione o velivolo svolto da un'impresa che ha il suo luogo di effettiva amministrazione in un Paese Contraente, eccetto quando l'imbarcazione o il velivolo opera esclusivamente in località dell'altro Paese Contraente.

Con espresso riferimento, invece, all'ordinamento nazionale, l'art. 5 del già citato decreto legge 317/1987 ha stabilito che le disposizioni concernenti i lavoratori italiani all'estero (inclusa l'adozione delle retribuzioni convenzionali) non si applicano ai lavoratori marittimi italiani imbarcati su navi battenti bandiera estera.

A evitare qualsiasi differente applicazione di detta previsione, è poi intervenuta la legge 16 marzo 2001, n. 88 (Nuove disposizioni in materia di investimenti nelle imprese marittime), la quale ha fornito la seguente interpretazione autentica:

Il comma 8-bis dell'articolo 48 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, introdotto dall'articolo 36, comma 1, della legge 21 novembre 2000, n. 342, deve interpretarsi nel senso che per i lavoratori marittimi italiani imbarcati su navi battenti bandiera estera, per i quali, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, e dell'articolo 5, comma 3, del decreto legge 31 luglio 1987, n. 317, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 ottobre 1987, n. 398, non è applicabile il calcolo sulla base della retribuzione convenzionale, continua a essere escluso dalla base imponibile fiscale il reddito derivante dall'attività prestata su tali navi per un periodo superiore a 183 giorni nell'arco di dodici mesi. I lavoratori marittimi percettori del suddetto reddito non possono in alcun caso essere considerati fiscalmente a carico e, se richiedono prestazioni sociali agevolate alla pubblica amministrazione, sono comunque tenuti a dichiararlo all'ufficio erogatore della prestazione, ai fini della valutazione della propria situazione

In relazione a quanto sopra, pertanto, è evidente che:

 Ai marittimi che svolgono lavoro dipendente all'estero non sono in alcun caso applicabili le retribuzioni convenzionali. In realtà, quanto ribadito

- dall'appena richiamata norma di interpretazione autentica appare persino superfluo, atteso che, non esistendo un profilo equipollente a quello dei marittimi nel decreto ministeriale che determina annualmente le retribuzioni convenzionali, perlomeno a parere di chi scrive, era già ovvio che dette retribuzioni non si sarebbero comunque potute applicare al caso de quo.
- 2. Ai marittimi a differenza degli dipendenti che svolgono le loro prestazioni all'estero dell'applicazione della convenzionale così come recita l'ultimo comma del già citato articolo 15 della convenzione OCSE sopra esposto e in deroga alla previsione del TUIR, non è espressamente richiesto un periodo di svolgimento di lavoro superiore ai 183 giorni nell'arco di dodici mesi se imbarcati su navi battenti bandiera estera. Detta previsione appare del tutto coerente con quanto indicato sempre nel modello convenzionale (articolo 8), in merito al reddito delle imprese di navigazione che scontano la tassazione esclusivamente nello Stato contraente nel quale è situato il luogo di effettiva direzione dell'azienda. Inoltre, il commentario all'articolo 15, ultimo comma, del modello OCSE, riferendosi alle imbarcazioni effettuano traffico internazionale, riserva agli Stati contraenti la facoltà di attribuire la potestà impositiva nello Stato in cui è situata la sede di direzione effettiva dell'impresa, sia in relazione al reddito delle società proprietarie che per le remunerazioni erogate ai loro equipaggi. Da ciò ne consegue che, mentre tutti i dipendenti che lavorano all'estero devono detrarre le imposte ivi già versate per la determinazione di quelle da pagare in Italia (metodo del credito d'imposta), per i marittimi il problema della doppia imposizione è risolto alla radice in quanto detti proventi non sono rilevanti in Italia. Cionondimeno, l'effetto opposto che come avremo modo di illustrare a breve – si verifica in alcune situazioni, è quello di una doppia "non-imposizione".
- 3. Il Legislatore nazionale ha inteso agevolare il lavoratore marittimo a condizione che l'attività sia prestata a bordo di navi battenti bandiera straniera. Viene superata ogni regola che caratterizza la tassazione delle altre tipologie di reddito da lavoro dipendente prodotto all'estero. Non rilevano, infatti,

la residenza del datore di lavoro, quella del dipendente, il luogo geografico di svolgimento effettivo della prestazione lavorativa (e quindi non rileva la posizione della nave, la navigazione nelle tratte interne o internazionali). Paradossalmente un armatore italiano potrebbe localizzare la sede effettiva di direzione della sua compagnia di navigazione in uno Stato estero e le navi che batteranno bandiera straniera, potrebbero svolgere servizio all'interno delle acque territoriali nazionali con a bordo equipaggi di lavoratori residenti in Italia.

In relazione ai lavoratori marittimi italiani che prestano servizio a bordo di navi battenti bandiera straniera, si possono verificare le seguenti due situazioni:

- 1. Il marittimo è rimasto imbarcato per un periodo superiore a 183 giorni nell'arco di dodici mesi. In tal caso si applica la norma interna di interpretazione autentica più sopra richiamata. Pertanto, anche se il marittimo è fiscalmente residente in Italia, in quanto non iscritto all'AIRE, i redditi prodotti come dipendente a bordo delle navi battenti bandiera estera non assumono rilevanza nei confronti del fisco italiano esonerandolo dall'obbligo dichiarativo e dal pagamento delle imposte in base al principio della tassazione mondiale.
- 2. Il marittimo è rimasto imbarcato per un periodo pari o inferiore a 183 giorni nell'arco di dodici mesi. In questa seconda situazione e a condizione che il Paese estero di interesse abbia sottoscritto una convenzione con l'Italia sulla base dei modelli OCSE / ONU, si giunge di fatto alla medesima conclusione del punto precedente a seguito dell'applicazione della disposizione convenzionale. Quindi pur trattandosi di lavoratori residenti in Italia, i redditi prodotti come dipendenti a bordo delle navi che operano in traffico internazionale battenti bandiera straniera, assumono rilevanza solo nei confronti del Paese presso il quale è localizzata la sede effettiva di direzione dell'impresa datrice di lavoro. Verso il fisco italiano non vi è alcun obbligo dichiarativo né pagamento delle imposte in base al Worldwide Principle Taxation. Andrebbe, nel caso, analizzato il concetto di "sede effettiva di direzione dell'impresa", questione che, però, esula dall'odierna trattazione.

Ovviamente, per entrambe le situazioni sopra esposte, pur non essendoci l'obbligo di presentare il modello Unico per denunciare i redditi in argomento, permangono gli adempimenti dichiarativi (quadro "RW") legati al monitoraggio degli eventuali conti correnti bancari aperti all'estero laddove gli stessi superino le soglie prescritte dalla legge.

Ma cosa accade se il Paese estero non ha in essere alcuna convenzione contro la doppia imposizione con l'Italia? Si pensi ai c. d. Stati – ex black list – aventi regimi fiscali privilegiati (esempio: Bahamas, Bermuda etc.).

Ebbene, in tali ipotesi, le anzidette situazioni 1 e 2 conducono a conclusioni diametralmente opposte.

Analizzando in senso inverso i due casi, infatti, nell'ipotesi 2, in assenza di convenzione, non esiste alcuna possibilità di definire l'eventuale potestà impositiva del Paese estero. Di conseguenza, se il marittimo risulta non aver superato il fatidico limite dei 183 giorni, anche non continuativi, nell'arco di dodici mesi, gli è preclusa l'applicazione della norma domestica di interpretazione autentica e dovrà dichiarare in Italia, in forza del Worldwide Principle Taxation, tutti i redditi effettivamente percepiti a bordo delle navi – pure se battenti bandiera estera – nonché versare le correlate imposte. Tutto ciò senza poter applicare le retribuzioni convenzionali, portare in deduzione gli oneri previdenziali eventualmente trattenutigli dal datore di lavoro straniero (che potrebbero essere inesistenti) e senza usufruire del tax credit (sempre che vi siano imposte versate all'estero), rimane salvo solo l'ordinario computo delle detrazioni per lavoro dipendente così come previste dall'ordinamento tributario italiano.

Viceversa, nell'ipotesi 1 si verifica un tipico caso di doppia "non-imposizione", peraltro del tutto legittima sulla base della normativa in vigore e, al momento, esente da contestazioni da parte dell'Agenzia delle Entrate, salvo si preveda in futuro un apposito ulteriore intervento del Legislatore nazionale (o, a nostro avviso, della Consulta, considerato che parrebbero rilevarsi dei profili di incostituzionalità con riferimento agli articoli 3 e 53 della Costituzione – uguaglianza e capacità contributiva).

E invero, come appena visto, laddove i marittimi in questione superino il noto limite dei 183 giorni, i redditi prodotti dai medesimi non assumeranno alcuna rilevanza per il fisco italiano, posto che si applica la norma di interpretazione autentica

del diritto interno già più volte citata.

Contemporaneamente, però, se il Paese in cui ha sede la direzione effettiva dell'azienda è uno Stato a imposizione e contribuzione "zero", è evidente che detti lavoratori non pagheranno alcun tipo di imposte e di contributi nemmeno all'estero.

Ne risulta che i marittimi che operano su navi battenti bandiera straniera godono di un regime di doppia "non-imposizione". Non è tutto. A ben vedere, inoltre, occorre rilevare come, seppure il numero dei Paesi a imposizione e contribuzione "zero" è ormai alquanto esiguo, vi sono numerosi Stati (con i quali l'Italia ha in essere una convenzione contro le doppie imposizioni a base OCSE / ONU) i cui livelli di tassazione e contribuzione risultano essere comunque prossimi allo "zero". In tutti questi casi va da sé che, pur non ricadendo nelle ipotesi di totale "non-imposizione", i redditi di riferimento subirebbero una tassazione e una contribuzione irrilevante, ben al di sotto del 50% rispetto a quella prevista in Italia, limite di regola indicato nell'ordinamento tributario per identificare i regimi fiscali privilegiati.

In conclusione, dunque, appare evidente che l'attuale normativa domestica concernente il reddito dei lavoratori marittimi che prestano servizio a bordo di navi battenti bandiera straniera sia particolarmente lacunosa e necessiti di opportuni interventi correttivi da parte del nostro Legislatore.

*Odcec Roma



CESSIONE D'AZIENDA,
ESIGIBILITÀ DEL TFR
ED ACCESSO AL FONDO
DI GARANZIA INPS FRA
RECENTI ORIENTAMENTI
GIURISPRUDENZIALI E NUOVE
INDICAZIONI DEL CODICE
DELLA CRISI D'IMPRESA

di Luigi Andrea Cosattini *

Alcune sentenze emanate dalla Corte di Cassazione nel secondo semestre del 2018 (segnatamente Cass. civ. Sez. lavoro, 1° ottobre 2018, n. 23775, Cass. civ. Sez. lavoro, 26/09/2018, n. 23047 e Cass. civ. Sez. lavoro, 19/07/2018, n. 19277) hanno affrontato per la prima volta *ex professo* un tema sul quale si è invece sviluppata negli ultimi anni un'ampia casistica in sede applicativa.

Il caso è quello piuttosto diffuso in cui, prima di accedere ad una procedura concorsuale, il titolare dell'impresa trasferisce a terzi l'azienda o un ramo di essa, con conseguente prosecuzione dei rapporti di lavoro subordinato pendenti alla data del trasferimento alle dipendenze del cessionario. Costituisce infatti prassi piuttosto diffusa e consolidata quella secondo la quale, una volta intervenuto il fallimento del datore di lavoro cedente, i lavoratori subordinati il cui rapporto di lavoro è proseguito alle dipendenze del cessionario presentano la domanda di ammissione al passivo del fallimento del cedente per tutti i crediti maturati fino alla data del trasferimento, ivi compresa la quota di trattamento di fine rapporto (TFR), e che per tale ultimo credito (così come per il credito relativo alle ultime tre mensilità di retribuzione maturate alle dipendenze del cedente poi fallito, ove non pagate da quest'ultimo), sulla scorta dell'avvenuta ammissione al passivo della procedura, formulino domanda di pagamento al Fondo di garanzia istituito presso l'Istituto nazionale della previdenza sociale (Inps); in tal caso le sedi provinciali dell'Istituto sono solite procedere alla liquidazione di quanto risulta ammesso al passivo del fallimento.

Tale prassi rischia oggi di essere preclusa dal *decisum* delle sentenze in rassegna, posto che esse negano decisamente, in caso di trasferimento d'azienda e conseguente prosecuzione dei rapporti di lavoro alle dipendenze del cessionario, l'ammissibilità del credito per le quote di TFR già maturate al passivo del fallimento del datore di lavoro

Il percorso argomentativo dei giudici di legittimità si sviluppa sostanzialmente

attraverso tre snodi fondamentali: (i) il momento in cui giunge a maturazione il credito del dipendente per il trattamento di fine rapporto e le conseguenze che ciò comporta in merito all'ammissibilità del credito al passivo della procedura fallimentare; (ii) la natura giuridica dell'obbligazione di pagamento posta a carico del Fondo di Garanzia istituito presso l'Inps ai sensi della legge n. 297 del 1982, art. 2; (iii) la possibilità o meno in capo all'Inps di sindacare la sussistenza dell'obbligo di pagamento a carico del Fondo di Garanzia quando il credito del dipendente sia stato ammesso al passivo della procedura fallimentare. Sostiene infatti la Suprema Corte che risulta necessario, affinché sorgano i presupposti per l'intervento del Fondo, che: a) sia venuto ad esistenza l'obbligo di pagamento del t.f.r. fissato dall'art. 2120 c.c. in capo al datore di lavoro; b) egli, in tale momento, si trovi in stato di insolvenza; c) sia intervenuta la cessazione del rapporto di lavoro. Così argomentando, giunge ad escludere la possibilità, per il lavoratore, di ottenere l'ammissione del proprio credito per le quote di TFR maturate fino alla data di cessione dell'azienda (che abbia comportato la prosecuzione del rapporto di lavoro intercorrente con tale lavoratore alle dipendenze del cessionario) al passivo del fallimento, poi intervenuto, del datore di lavoro cedente.

Tali considerazioni necessiterebbero però di maggiore chiarezza nel distinguere fra esistenza del credito ed esigibilità di esso: un conto è accertare l'esistenza o meno di un diritto di credito (risultato al quale si può pervenire appunto con una domanda di mero accertamento), altro conto è chiedere la condanna del debitore al pagamento di esso (questa sì domanda che presuppone l'esigibilità del credito). In altri termini, se è indiscutibile che il diritto al "pagamento" del trattamento di fine rapporto sorge solo al momento della cessazione del rapporto di lavoro (fatto storico che rende esigibile il credito), diversi sono i termini della questione per ciò che riguarda l'individuazione del momento in cui il credito per trattamento di fine rapporto viene ad esistere, ancorché non sia ancora esigibile. D'altra parte, la stessa Corte di Cassazione ha affrontato espressamente la questione afferente alla distinzione fra il diritto al pagamento del TFR, che matura solo alla data di cessazione del rapporto di lavoro (con conseguente decorrenza del termine di prescrizione solo da tale data) ed il diritto all'accertamento delle quote di trattamento di fine rapporto maturate ad una certa data, che può essere esercitato anche in pendenza del rapporto di lavoro (Cass. civ. Sez. lavoro n. 11778 del 12/07/2012); non solo, ma i giudici di legittimità hanno anche affrontato (Cass. Sez. lav. n. 18501 del 4/7/2008) un altro aspetto della questione rilevante anche ai fini qui in discussione, e cioè quello del (perdurante) obbligo di pagamento del trattamento di fine rapporto in capo al datore di lavoro cedente, limitatamente all'importo del credito maturato alla data della cessione, qualora il rapporto di lavoro prosegua alle dipendenze di altro soggetto in conseguenza di trasferimento d'azienda. Stabilisce a tal fine il secondo comma dell'articolo 2112 c.c., com'è noto, che "Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento", e tale disposizione trova pacificamente applicazione anche con riferimento al credito del lavoratore trasferito per il trattamento di fine rapporto. Ciò che la norma non chiarisce espressamente è chi risulti essere l'obbligato principale per il debito nei confronti del lavoratore con riferimento ai diversi periodi, quello "ante cessione" e quello "post cessione"; ma in proposito l'orientamento della giurisprudenza sia di legittimità sia di merito sembra ormai consolidato nell'affermare che «in caso di cessione d'azienda assoggettata al regime di cui all'art. 2112 cod. civ., posto il carattere retributivo e sinallagmatico del trattamento di fine rapporto che costituisce istituto di retribuzione differita, il datore di lavoro cedente rimane obbligato nei confronti del lavoratore suo dipendente, il cui rapporto sia proseguito con il datore di lavoro cessionario, per la quota di trattamento di fine rapporto maturata durante il periodo di lavoro svolto fino al trasferimento aziendale, mentre il datore cessionario è obbligato per la stessa quota solo in ragione del vincolo di solidarietà, e resta l'unico obbligato quanto alla quota maturata nel periodo successivo alla cessione». Da tale assunto la Suprema Corte ha altresì tratto la conclusione che il lavoratore è legittimato ad agire in giudizio (ed è portatore dell'interesse processuale a farlo) nei confronti del datore di lavoro cedente per ottenere l'accertamento del proprio credito nei confronti di esso, e financo a proporre istanza di fallimento del datore di lavoro cedente.

In presenza degli orientamenti or ora richiamati le sentenze del secondo semestre

2018, pur affermando di volerli condividere giungono poi alla conclusione secondo la quale "il diritto al trattamento di fine rapporto (TFR) sorge con la cessazione del rapporto di lavoro (Cass. n. 2827 del 2018 cit.; Cass. 23 aprile 2009, n. 9695) ed in quanto credito non esigibile al momento della cessione dell'azienda - quello avente ad oggetto il t.f.r. fino a quel momento maturato - non può essere ammesso al passivo del fallimento del datore di lavoro cedente"; con ciò, dunque, affermando che l'esigibilità del credito costituisce requisito imprescindibile affinché tale credito possa essere ammesso al passivo del fallimento.

Con particolare riferimento ai profili riguardanti l'intervento del Fondo di Garanzia Inps, le sentenze sopra menzionate rilevano che non è preclusa all'Inps anche la possibilità di contestare l'esistenza dei presupposti richiesti dalla disciplina normativa affinché l'obbligo di garanzia a carico del Fondo venga a giuridica esistenza. Posto che essi sono "interni alla stessa autonoma fattispecie previdenziale", in sostanza, secondo la Suprema Corte, dall'autonomia dell'obbligazione gravante sul Fondo non può automaticamente trarsi la conclusione secondo la quale l'accoglimento della domanda ammissione al passivo presentata dal lavoratore determini l'impossibilità per l'Inps di contestare la sussistenza, nel caso specifico, "degli elementi previsti dalla stessa fattispecie di cui alla L. 29 maggio 1982, n. 297, art. 2, ed al d.lgs. n. 82 del 1990, art. 2". Proprio dalla formulazione letterale di tali norme infatti, secondo l'analisi dei giudici di legittimità, occorre trarre la conclusione secondo la quale è consentito all'Inps di sollevare contestazioni, pur in caso di avvenuta ammissione del credito al passivo fallimentare, basate sull'insussistenza dei presupposti normativi affinché l'obbligo a carico del Fondo venga ad esistenza.

É utile evidenziare, a tale proposito che l'articolo 2, comma 1, della legge 297/1982 afferma espressamente che "È istituito presso l'Istituto nazionale della previdenza sociale il «Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto» con lo scopo di sostituirsi al datore di lavoro in caso di insolvenza del medesimo nel pagamento del trattamento di fine rapporto, di cui all'articolo 2120 del codice civile, spettante ai lavoratori o loro aventi diritto": la norma prevede quindi l'intervento del Fondo di Garanzia per sostituirsi al datore di lavoro nel pagamento del trattamento di fine

rapporto di cui all'art. 2120 c.c. solo nel caso in cui sia lo stesso datore di lavoro ad essere divenuto insolvente; e siccome l'articolo 2120 prevede l'insorgere dell'obbligo di pagamento (solo) al momento in cui cessa il rapporto di lavoro, la conclusione alla quale giungono le pronunce sopra menzionate è nel senso che l'intervento del Fondo di Garanzia non può che essere invocato per il pagamento del trattamento di fine rapporto divenuto esigibile, ai sensi dell'art. 2120 c.c., per cessazione del rapporto alle dipendenze del datore di lavoro assoggettato a fallimento; con il corollario in forza del quale l'insussistenza di tale presupposto può essere fatta valere dall'Inps per contestare l'obbligo a carico del Fondo di Garanzia anche nell'ipotesi in cui il credito sia stato regolarmente ammesso al passivo del fallimento.

Ciò detto, occorre al tempo stesso segnalare che l'esperienza applicativa si è spesso orientata in senso diverso; è infatti piuttosto diffusa la prassi, pur in presenza di trasferimento d'azienda e di conseguente prosecuzione del rapporto di lavoro alle dipendenze del cessionario, di ammettere al passivo del fallimento del datore di lavoro cedente l'importo del TFR maturato alle dipendenze di esso, pur risultando il relativo credito non esigibile in considerazione della prosecuzione del rapporto di lavoro, e di consentire poi al dipendente di ottenere dal Fondo di Garanzia il pagamento del credito così come ammesso al passivo fallimentare. Il portato "benefico" di tale prassi è di tutta evidenza: essa consente infatti di "sgravare", in occasione del trasferimento, l'azienda del datore di lavoro fallito dal debito relativo al complessivo importo del trattamento di fine rapporto maturato a favore dei lavoratori addetti all'azienda (o al ramo di essa) oggetto di trasferimento, rendendola con ciò più "appetibile" per l'acquirente e facilitandone così la circolazione. Ma tale prassi non risulta più percorribile

alla luce dell'orientamento recentemente espresso dalla Cassazione, posto che non è consentito accedere al Fondo di Garanzia per ottenere il pagamento di un TFR relativo ad un rapporto di lavoro che, per effetto del trasferimento d'azienda, è proseguito alle dipendenze di un soggetto diverso dal datore di lavoro assoggettato a procedura fallimentare. Così stando le cose, non c'è dubbio che si "alleggerisce" il Fondo di Garanzia dell'Inps da un onere di pagamento che verosimilmente ad esso non compete in termini di stretto diritto, e che altrettanto verosimilmente non rientra fra i suoi compiti istituzionali. Al tempo stesso, però, si rischia di rendere molto più difficile (se non addirittura impossibile, in certi casi), il trasferimento a terzi di quella parte dell'organizzazione imprenditoriale il cui titolare è in crisi che ancora ha prospettive di proficua prosecuzione, con ciò pregiudicando la salvaguardia dei posti di lavoro ad essa afferenti.

Delle conseguenze sopra menzionate in materia di circolazione delle aziende nell'ambito delle procedure concorsuali ha evidentemente tenuto conto il Legislatore nell'occuparsi della riforma delle procedure concorsuali. Ed infatti il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155", interviene in argomento con l'articolo 368 comma 4, che prevede l'inserimento nel corpus dell'articolo 47 della legge 428/1990, dopo il comma 5, un comma 5-bis. Del seguente tenore: "Nelle ipotesi previste dal comma 5, non si applica l'articolo 2112, comma 2, del codice civile e il trattamento di fine rapporto è immediatamente esigibile nei confronti del cedente dell'azienda. Il Fondo di garanzia, in presenza delle condizioni previste dall'articolo 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, interviene anche a favore dei lavoratori che passano senza soluzione di continuità alle dipendenze dell'acquirente; nei casi

predetti, la data del trasferimento tiene luogo di quella della cessazione del rapporto di lavoro, anche ai fini dell'individuazione dei crediti di lavoro diversi dal trattamento di fine rapporto, da corrispondere ai sensi dell'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80. I predetti crediti per trattamento di fine rapporto e di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80 sono corrisposti dal Fondo di Garanzia nella loro integrale misura, quale che sia la percentuale di soddisfazione stabilita, nel rispetto dell'articolo 85, comma 7, del codice della crisi e dell'insolvenza, in sede di concordato preventivo".

Tale norma introduce quindi espressamente un regime giuridico del tutto opposto a quello patrocinato dalla sentenza commento, posto che sancisce esigibilità espressamente l'immediata del trattamento di fine rapporto pur in presenza della prosecuzione del rapporto di lavoro alle dipendenze del cessionario dell'azienda il cui titolare è assoggettato a procedura concorsuale, ed al tempo stesso impone l'intervento del Fondo di Garanzia anche a favore dei lavoratori il cui rapporto di lavoro sia proseguito. Una scelta che, con tutta evidenza, ci consegna una situazione giuridica nell'ambito della quale l'azienda risulta senza dubbio più "appetibile" per il possibile acquirente, che si troverà nelle condizioni di acquistarla "al netto" del debito per il trattamento di fine rapporto già maturato alle dipendenze del trasferimento fino alla data di esso.

*Avvocato in Bologna





CASSA GEOMETRI E SOCI AMMINISTRATORI DI S.R.L.: ULTERIORE GIURISPRUDENZA

di Stefano Ferri*

Facendo seguito agli articoli già pubblicati, sono a proseguire l'esame giurisprudenziale relativamente alle pretese della Cassa Italiana di Previdenza e Assistenza Geometri che esige i contributi previdenziali dagli amministratori di società a responsabilità limitata iscritti al Collegio dei Geometri qualora questi rivestano la carica svolgendo attività tipica della citata professione.

In particolare in questo articolo l'analisi si concentrerà su due sentenze particolarmente illuminanti sulla medesima fattispecie, prima delle quali è la **n. 73/2016 del Tribunale di Pescara** relativamente alla Causa n. 1652/2015 R.G. Lav.

Nel caso in esame il ricorrente proponeva opposizione avverso la cartella esattoriale con la quale il concessionario Equitalia Centro s.p.a., gli intimava il pagamento in favore della Cassa Italiana di Previdenza e Assistenza Geometri di una somma a titolo di omesso versamento di contributi previdenziali per gli anni dal 2008 al 2012, deducendo di svolgere attività quale imprenditore con la status di socio ed amministratore di società a responsabilità limitata. Il ricorrente ha asserito di versare contribuzione previdenziale in favore dell'Inps e di non avere mai svolto alcuna attività professionale di geometra, se non, del tutto occasionalmente, per quattro atti catastali in un anno, relativi a due sole pratiche, ed un solo atto catastale per altro anno; di non essere quindi obbligato all'iscrizione alla Cassa ed al pagamento della relativa contribuzione; eccepiva inoltre la nullità della cartella esattoriale opposta per non essere stata preceduta da preventiva comunicazione o richiesta di pagamento, e la prescrizione dei contributi per gli anni 2008 e 2009.

Viceversa la Cassa Italiana di Previdenza e Assistenza Geometri asseriva che, ai sensi dell'art. 5 dello Statuto della Cassa, dal 2003 in poi non era più richiesto il requisito della continuità ed esclusività dell'esercizio della professione per l'iscrizione alla Cassa, sicché l'opponente vi era tenuto, avendo svolto attività tipica della professione di geometra negli anni in questione e dovendosi qualificare come professionale anche l'attività svolta quale socio di impresa edile, in quanto richiedente le medesime competenze tecniche proprie del geometra;

che, trattandosi di omissione contributiva, la prescrizione poteva decorrere solo dal compimento delle relative attività di accertamento ispettivo.

Il Giudice preliminarmente rilevava, partendo dal presupposto che la prescrizione decorre dal giorno in cui il diritto preteso può essere fatto valere, che nei casi di evasione contributiva la prescrizione iniziava a decorrere solo dopo il compiuto accertamento ispettivo da parte dell'ente previdenziale impositore della sussistenza dell'obbligo contributivo, come peraltro già stabilito dalla Suprema Corte di Cassazione nella Sentenza n. 29664 del 18 dicembre 2008.

Veniva però accolto il ricorso del geometra sulla base delle seguenti valutazioni.

Il ricorrente è appunto geometra iscritto all'albo professionale ma non alla Cassa, svolge da trenta anni attività imprenditoriale di socio di impresa edile, e risulta avere effettuato, nel periodo per cui è causa (2008-2013), attività professionale di geometra curando solamente cinque pratiche di variazione catastale nel 2008, una nel 2009 ed una nel 2011; trattasi quindi di attività del tutto occasionale sia che venga valutata in senso quantitativo che qualitativo. E neppure si può affermare che l'attività imprenditoriale svolta dal geometra stesso si possa ricondurre all'attività tipica della libera professione in quanto non risulta alcuna prova relativa all'effettivo oggetto di essa, con specifico riferimento ai compiti svolti nell'organizzazione societaria della s.r.l. di cui è amministratore, né avendo la Cassa svolto al riguardo accertamenti ispettivi; e l'onere della prova era a carico del Cassa in quanto titolare della pretesa contributiva.

E anche quando la Giurisprudenza ha affermato che l'imponibile contributivo va determinato alla stregua dell'oggettiva riconducibilità alla professione dell'attività concreta ancorché questa non sia riservata per legge alla professione medesima, essa si riferisce alla determinazione del reddito su cui quantificare i contributi previdenziali dovuti da professionista per il quale sia già stata accertata la sussistenza dei requisiti per l'obbligatoria iscrizione alla cassa professionale, e non anche all'accertamento di tale sussistenza.

Il Giudice conclude che l'attività libero professionale svolta dal ricorrente va quindi qualificata come del tutto saltuaria ed episodica, e non comporta quindi obbligo di iscrizione alla Cassa convenuta, poiché, in materia di previdenza per i geometri liberi professionisti, l'iscrizione al regime previdenziale di categoria è subordinato all'esercizio della libera professione con carattere di continuità, spettando alla Cassa solo il compito di accertare la effettiva sussistenza di tale requisito come stabilito anche dalla Cassazione nella precedente Sentenza n. 1305 del 21/01/2013.

Sempre la citata sentenza stabilisce che le difformi previsioni dell'art. 5 dello Statuto della Cassa convenuta, nella parte in cui impongono l'obbligo di iscrizione alla Cassa di tutti i geometri che esercitino la professione anche senza carattere di continuità, devono essere disapplicate poiché contrarie alla citata disposizione di legge; pertanto l'opponente, non avendo svolto attività libero professionale di geometra con carattere di continuità, non ha l'obbligo di iscrizione alla Cassa convenuta, con conseguente insussistenza di obbligazione contributiva soggettiva: e neppure è dovuta la contribuzione integrativa non risultando che egli abbia percepito compensi dalle citate occasionali attività libero-professionali svolte.

Altra pronuncia di grande interesse e chiarezza è la successiva Sentenza della Corte di Appello di L'Aquila del 26/1/2017, nella medesima fattispecie di cui alla n. 73/2016 del Tribunale di Pescara. Il Giudice di Appello, partendo dalla ben nota sentenza n. 1305 del 21/1/2013 della Suprema Corte, ribadisce che per l'iscrizione alla Cassa di Previdenza e Assistenza Geometri è necessario che il soggetto possegga il requisito dell'esercizio della libera professione con carattere di continuità; e neppure può ritenersi che il d.lgs. 509/1994 abbia cancellato implicitamente tale requisito dato che le Casse a seguito della loro trasformazione in soggetti di diritto privato hanno un'autonomia organizzativa, ma la loro trasformazione non incide sulla natura pubblicistica dei rapporti inerenti alle assicurazioni gestite, né sulla disciplina sostanziale di tali assicurazioni.

Di conseguenza l'art. 5 dello Statuto, dall'appellante invocato per ritenere la sussistenza dell'obbligo di iscrizione anche in caso di attività professionale non continuativa, deve essere disapplicato perché contrario alle disposizioni di legge.

La Corte d'Appello ribadisce che il geometra nel periodo afferente la richiesta contributiva ha curato soltanto cinque pratiche di variazione catastale nel 2008, una nel 2009 e una nel 2011: è quindi del tutto evidente che l'attività professionale svolta deve considerarsi sporadica, con conseguente inesistenza dell'obbligo contributivo. E neppure la Cassa può richiedere l'iscrizione basandosi sull'attività imprenditoriale svolta dal soggetto stesso, che asserisce essere riconducibile alle attività proprie della professione di geometra, gravando sulla Cassa l'onere di provare (e non lo ha fatto) l'effettiva riconducibilità della predetta attività a quella propria del geometra, né potendosi presumere la predetta riconducibilità per il fatto che la società, di cui è titolare il soggetto svolge attività di costruzione di edifici, dato che lo stesso ha affermato che le attività professionali riferibili alla qualifica di geometra sono state affidate a tecnici esterni alla società.

Nonostante queste ulteriori due sentenze sfavorevoli, la Cassa Geometri pare non intenzionata ad abbandonare la contesa: vedremo i successivi sviluppi giurisprudenziali.

*Odcec Reggio Emilia



www.rossignol.com



IL LICENZIAMENTO ECONOMICO SECONDO CASSAZIONE N. 25201/2016: REQUISITI DI LEGITTIMITÀ E SPAZI DI SINDACABILITÀ GIUDIZIALE

di Giovanni Chiri*

La pubblicazione della sentenza della Corte di Cassazione 7 dicembre 2016 n. 25201 in materia di licenziamento per ragioni tecniche, organizzative, produttive, ha suscitato molto interesse in quanto da più parti è stata acclamata come la definitiva legittimazione del licenziamento avente come unico scopo un incremento di profitto per l'impresa.

La sentenza in questione è caratterizzata da un'approfondita argomentazione che, dall'analisi di due correnti giurisprudenziali contrastanti, giunge a delineare i requisiti di legittimità del licenziamento economico e i limiti alla sindacabilità giudiziale delle ragioni addotte dal datore di lavoro.

Il caso oggetto della decisione in analisi riguardava un licenziamento per GMO motivato dall'esigenza tecnica di semplificare la catena di comando attraverso la soppressione della posizione lavorativa occupata dal lavoratore licenziato.

La Corte di Appello di Firenze aveva ritenuto illegittimo il licenziamento intimato affermando che in giudizio il datore di lavoro debba provare o l'esistenza di situazioni sfavorevoli e non meramente contingenti che influiscono in modo decisivo sull'attività produttiva, oppure la necessità di sostenere notevoli spese di carattere straordinario. In mancanza di tale prova, qualsiasi riassetto dell'impresa «risulta motivato soltanto dalla riduzione dei costi e, quindi, dal mero incremento di profitto» e deve pertanto ritenersi illegittimo, con conseguente illegittimità del licenziamento che ne è conseguito.

Come accennato, la decisione della Cassazione chiamata a pronunciarsi sul caso riscontra l'esistenza di due differenti orientamenti giurisprudenziali sulla questione in oggetto. Il primo - adottato dalla decisione impugnata - afferma che il licenziamento per GMO è giustificato dalla necessità di far fronte a situazioni sfavorevoli e non può essere meramente strumentale a un incremento di profitto. Ciò significa che la sussistenza di tali situazioni sfavorevoli è elevata a requisito di legittimità intrinseco al licenziamento e

come tale deve essere provata dal datore di lavoro e accertata dal giudice.

L'imprenditore sarebbe infatti legittimato a modificare l'organizzazione dell'impresa solo per far fronte a situazioni negative e non anche per il conseguimento di obiettivi di efficientamento della propria organizzazione e aumento della competitività dell'impresa.

Il secondo orientamento, invece, ritiene che le ragioni inerenti all'attività produttiva possano consistere anche in riorganizzazioni aziendali, senza che rilevi la finalità perseguita dal datore di lavoro. Se così non fosse, vi sarebbe un contrasto con il principio di libertà di iniziativa economica privata sancito dall'art. 41 Costituzione.

La Cassazione accoglie questa seconda tesi sulla base di un'interpretazione letterale dell'art. 3 legge 604/1966, analizzata nel quadro degli ordinamenti giuridici italiani e dell'Unione Europea. La Suprema Corte afferma che la situazione sfavorevole di mercato non è prevista dalla suddetta norma quale requisito di legittimità del licenziamento e pertanto darvi rilievo costituisce un illegittimo sindacato da parte del giudice nel merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive di competenza esclusiva del datore di lavoro.

**>

La sentenza citata costituisce un ottimo punto di riferimento per l'analisi della fattispecie di licenziamento per giustificato motivo oggettivo economico.

Al fine di stabilirne le caratteristiche, si possono individuare tre elementi: le motivazioni o finalità che inducono il datore di lavoro ad attuare una riorganizzazione dell'impresa, le ragioni tecniche organizzative o produttive di tale operazione e, infine, il nesso di causalità che dalla riorganizzazione aziendale fa discendere la soppressione del posto di lavoro occupato dal lavoratore licenziato. Sebbene questi elementi siano legati da un

La definizione legale di GMO di licenziamento è contenuta nell'art. 3 legge 604/1966: «il licenziamento per giustificato motivo ... è determinato ... da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

nesso di consequenzialità logica, non tutti

hanno rilevanza giuridica.

Come è noto, l'emanazione della legge n. 604/1966 ha segnato il passaggio dal recesso datoriale a causale libera, disciplinato dall'art. 2118 c.c., al recesso vincolato da una causale oggettiva (o soggettiva) espressamente individuata da una norma di legge.

La ragione di questa evoluzione normativa è l'entrata in vigore della Costituzione Italiana nel 1948 che, in materia di diritto del lavoro, ha previsto un sistema fondato sugli artt. 4, 35 e 41 Cost. nel quale la determinazione dei livelli di tutela del diritto al lavoro e dei limiti alla libertà di iniziativa economica privata è affidata alla discrezionalità del legislatore. All'interno di questa cornice normativa, il legislatore deve stabilire se e in che misura sia opportuno limitare il potere di recesso datoriale, operando un bilanciamento tra i contrapposti interessi.

Tale prerogativa del legislatore nazionale attualmente resiste anche di fronte all'ordinamento dell'Unione Europea. Sebbene il diritto del lavoratore alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato sia sancito dall'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (avente il medesimo valore giuridico dei Trattati), ad oggi la relativa competenza normativa non è stata esercitata in concreto e quindi rimane in capo ai legislatori nazionali il potere di determinare le modalità di concreta attuazione di tale diritto.

Se, quindi, è il legislatore a stabilire i limiti del recesso datoriale dal rapporto di lavoro, tali limiti sono esclusivamente quelli contenuti nella norma di legge.

Coerentemente con tale struttura, l'art. 30 legge 183/2010 dispone che in materia di diritto del lavoro, in presenza di clausole generali, il controllo giudiziale debba essere limitato esclusivamente all'accertamento del presupposto di legittimità e non possa essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro. Il giudice che estenda la propria valutazione al merito delle scelte datoriali espone la propria decisione all'impugnazione per violazione di legge.

Dunque, il presupposto di legittimità del licenziamento per GMO è la sussistenza di «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

A ben vedere, tali ragioni possono essere individuate nella riorganizzazione dell'impresa, intendendosi - secondo quanto indicato dalla giurisprudenza - una modifica della struttura aziendale che comporti la soppressione di una o più determinate posizioni lavorative, a prescindere dall'eliminazione o meno dell'attività in concreto svolta dal lavoratore licenziato. È il caso, ad esempio, della soppressione

di una posizione all'interno della struttura aziendale per il definitivo superamento di una determinata funzione oppure perché le mansioni precedentemente svolte dal lavoratore vengono redistribuite tra altri dipendenti, esternalizzate a soggetti terzi o sottoposte a processi di innovazione tecnologica.

Le motivazioni e le finalità che muovono l'imprenditore ad attuare una riorganizzazione della propria impresa sono invece ininfluenti ai fini della legittimità del licenziamento e possono essere di ogni genere: un calo di fatturato, una riduzione dei costi o la necessità di sostenere notevoli spese impreviste. Ma anche: la volontà di attuare una gestione economica più efficace dell'impresa, di aumentarne la competitività, di incrementarne l'efficienza, di favorirne l'innovazione tecnologica, di accrescerne la redditività, con conseguente aumento del profitto.

Sembra allora che la richiesta di sussistenza di situazioni sfavorevoli per l'impresa sia frutto di una confusione concettuale tra motivazioni o finalità del licenziamento e sue ragioni, che equipara le prime alle seconde, elevandole al rango di presupposti di legistatore non abbia ritenuto di attribuire ad esse alcun valore all'interno della fattispecie legale.

Questa è la ragione per la quale al giudice è precluso il sindacato sulle motivazioni che muovono il datore di lavoro: non costituiscono presupposti di legittimità del licenziamento e sono quindi ininfluenti ai fini della decisione.

Agendo diversamente, il giudice trascende i limiti della propria competenza ingerendosi in quella riservata al legislatore, unico soggetto deputato a determinare il bilanciamento tra i contrapposti interessi di tutela del posto di lavoro del singolo lavoratore e di libertà di iniziativa economica dell'imprenditore.

In definitiva, la verifica giudiziale è rivolta alla sussistenza delle ragioni tecniche, organizzative, produttive, ma non può estendersi né alle motivazioni del datore di lavoro né alle finalità che esso intende perseguire tramite la riorganizzazione operata.

Qual è quindi lo spazio di sindacabilità del licenziamento per GMO attribuito al giudice?

La giurisprudenza è concorde nell'affermare che la legittimità del licenziamento economico richiede la sussistenza di un'effettiva soppressione del posto di lavoro conseguente a una riorganizzazione e del nesso di causalità tra la ragione organizzativa e il licenziamento in concreto intimato.

La soppressione del posto di lavoro è effettiva quando non è pretestuosa né temporanea.

Essa presuppone un mutamento della struttura organizzativa dell'impresa tale da comportare un venir meno definitivo della posizione lavorativa eliminata - ma non necessariamente anche della specifica attività svolta dal lavoratore. Diversamente, la ragione addotta sarebbe un semplice pretesto per un licenziamento dovuto a ragioni del tutto differenti, presumibilmente riconducibili a causali soggettive.

Se infatti successivamente all'intimazione del licenziamento del dipendente il datore di lavoro procedesse ad assumere un altro lavoratore in sua sostituzione nella medesima posizione, ciò significherebbe che la riorganizzazione in realtà non avrebbe affatto richiesto la soppressione di quel posto di lavoro. Di conseguenza, il licenziamento non potrebbe essere ricondotto alla causale del GMO economico.

Il legittimo sindacato del giudice si estende poi alla verifica di sussistenza del nesso di causalità tra la ragione organizzativa e il licenziamento intimato. Tale nesso è ravvisabile nel caso concreto quando la soppressione di quella specifica posizione lavorativa sia coerente con la ragione organizzativa addotta.

Se, ad esempio, la modifica strutturale che il datore di lavoro intende effettuare riguarda la razionalizzazione del settore amministrativo dell'impresa, il licenziamento non potrà colpire il lavoratore addetto alla produzione o più in generale un lavoratore estraneo al settore amministrativo.

La verifica che il giudice dovrà operare avrà quindi ad oggetto l'esistenza dei presupposti di legittimità dell'effettiva e veritiera soppressione del posto di lavoro derivante dalla riorganizzazione in essere e del collegamento causale tra ragione tecnica, organizzativa, produttiva e conseguente licenziamento.

In tema di spazi di sindacabilità giudiziale del licenziamento occorre però un'ulteriore precisazione. La sentenza della Cassazione n. 25201/2016 sopra citata ha affermato che, qualora nella comunicazione

di licenziamento il datore di lavoro espressamente faccia riferimento a elementi ulteriori, quali una crisi aziendale in essere o il calo di fatturato, il giudice potrà estendere l'accertamento a tali circostanze senza che questo implichi un sindacato sul merito delle scelte imprenditoriali.

In questo caso infatti l'indagine riguarda comunque l'esistenza o meno del fatto indicato come causa del recesso e, in mancanza, l'accertamento dell'insussistenza della ragioni poste a fondamento del licenziamento in quanto non effettive.

L'analisi compiuta porta a ritenere che il datore di lavoro, eventualmente con l'ausilio del professionista di fiducia, debba prestare particolare attenzione nel momento in cui intenda procedere a un licenziamento per GMO economico.

Ogni possibile cautela deve essere adottata nel momento chiave della procedura di licenziamento: la comunicazione scritta, motivata e immutabile delle ragioni del licenziamento (v. art. 2 legge 604/1966; ma anche art. 7 legge 604/1966 in caso di datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all'art. 18 c. 8 legge 300/1970).

Il procedimento si articola in due passaggi fondamentali.

La prima verifica riguarda l'esistenza dei presupposti di legittimità del licenziamento per GMO. Occorre accertare se sia in atto una riorganizzazione dell'impresa che richieda l'effettiva soppressione definitiva della specifica posizione lavorativa occupata da quel lavoratore che si intende licenziare. Inoltre, è necessario che il licenziamento sia coerente e causalmente derivato dalla riorganizzazione in atto.

Verificata la presenza dei presupposti di legittimità del GMO, si procede all'elaborazione della comunicazione scritta del licenziamento.

Essa deve necessariamente contenere l'indicazione delle ragioni tecniche, organizzative, produttive che sono causa della soppressione del posto di lavoro e quindi del licenziamento.

Non è sufficiente la comunicazione della mera soppressione della posizione lavorativa in quanto, così facendo, il lavoratore non sarebbe in grado di conoscere le ragioni che giustificano il recesso e quindi di verificare la legittimità del licenziamento subito.

Se la soppressione del posto di lavoro fosse di per sé sola sufficiente a giustificare il licenziamento, il potere di recesso datoriale sarebbe illimitato e un datore di lavoro disonesto avrebbe gioco facile nell'utilizzo di questa fattispecie - abusandone - per liberarsi di lavoratori non graditi. Essendo invece il recesso datoriale sottoposto a causale, la soppressione del posto di lavoro deve costituire l'effetto derivante da una ragione tecnica, organizzativa o produttiva per poter rientrare nella fattispecie di licenziamento economico.

Risulta a questo punto fondamentale per il datore di lavoro, in un'ottica di «autotutela preventiva», redigere la comunicazione di recesso operando un accorto bilanciamento tra due esigenze.

Da un lato, l'adempimento dell'obbligo di effettiva comunicazione al lavoratore delle ragioni tecniche, organizzative, produttive del licenziamento.

Dall'altro, la necessità di evitare di fornire informazioni non necessarie che si rivelerebbero potenzialmente pregiudizievoli per gli interessi dell'impresa in quanto, andando a integrare il fatto posto alla base del licenziamento, comporterebbero un'estensione degli spazi di sindacato giudiziale al fine della verifica di veridicità e non pretestuosità delle ragioni addotte.

Infine, è opportuno ricordare un ulteriore presupposto del licenziamento per GMO che, sebbene non previsto dal legislatore, è riconosciuto dalla giurisprudenza: il *repechage*.

Il tema è articolato e richiederebbe un autonomo approfondimento. In questa sede sarà sufficiente ricordare che per la giurisprudenza il datore di lavoro deve fornire la prova dell'impossibilità di occupare il lavoratore in un'altra posizione all'interno della propria normale struttura organizzativa. Di conseguenza, la comunicazione scritta di recesso dovrà dare atto anche dell'impossibilità di un utile ricollocamento del lavoratore.

In conclusione, la sentenza di Cassazione n. 25201/2016 costituisce un punto di riferimento autorevole in materia di licenziamento economico, anche in considerazione del fatto che le successive pronunce della Suprema Corte si sono in sostanza adeguate ad essa (cfr. Cass. 05.04.2018 n. 8419, Cass. 12.04.2018 n. 9127, Cass. 11.05.2018 n. 11413, Cass. 03.12.2018 n. 31157, Cass. 04.12.2018 n. 31318, Cass. 18.02.2019 n. 4672).

Il merito che si può riconoscere alla sentenza in questione, però, non è tanto di aver avallato il licenziamento motivato dal mero aumento di profitto, quanto di aver fatto chiarezza sull'irrilevanza delle finalità e delle motivazioni che muovono il datore di lavoro, precisando quali siano i presupposti legali di legittimità del recesso datoriale e i conseguenti limiti di sindacabilità giudiziale. Di fronte alla necessità di intimare un licenziamento per GMO per ragioni tecniche, organizzative, produttive, occorre allora prestare particolare attenzione agli elementi costitutivi della fattispecie, tenendo a mente quale dovrebbe essere il valore attribuito alle motivazioni e finalità del licenziamento ai fini della sua legittimità: nessuno!

*Avvocato in Mantova

CONVERSIONE DEI CONTRATTI A TEMPO DETERMINATO E TUTELE CRESCENTI

di Paolo Galbusera e Andrea Ottolina*

L'articolo 1 co. 2 del d.lgs. 23/2015, nel delineare il campo di applicazione del regime di tutele nel caso di licenziamento illegittimo per i lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti a far data dal 7 marzo 2015, stabilisce che "le disposizioni di cui al presente decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratti a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato".

Tale norma è stata sin da subito oggetto di commenti e interpretazioni, in particolare con riguardo al termine **conversione**, utilizzato dal Legislatore con riferimento a contratti a tempo determinato o di apprendistato, stipulati prima del 7.3.2015, e poi appunto convertiti in contratti a tempo indeterminato.

L'interpretazione più estensiva, e certamente più immediata, ha inteso la disposizione in argomento come se il Legislatore, nell'utilizzare il termine conversione, avesse voluto riferirsi a tutte le ipotesi di trasformazione di contratti a termine in essere in contratti a tempo indeterminato e ciò non solo ai fini dell'applicazione delle Tutele Crescenti, ma anche per il beneficio degli esoneri contributivi previsti dalla Legge di Stabilità del 2015.

Secondo questa impostazione, quindi, il

Legislatore avrebbe fatto riferimento a una generica conversione del contratto a termine, intesa non solo come conversione operata da un Giudice in forza di un regime sanzionatorio applicabile in presenza di contratti nulli o illegittimi, ma anche come prosecuzione senza soluzione di continuità di rapporti a tempo determinato avviati prima del 7 marzo 2015, oppure di contratti di apprendistato proseguiti a seguito del mancato esercizio della facoltà di recesso al termine del periodo di formazione.

Come detto, tuttavia, questa interpretazione non tiene conto del dato letterale della norma e dà per pacifica una intenzione del Legislatore che, alla luce di un'analisi più approfondita, non sembrerebbe tale e cioè l'intenzione di utilizzare il termine conversione in senso generico, quale sinonimo di trasformazione del contratto a tempo determinato e di prosecuzione del rapporto di apprendistato dopo il termine del periodo di formazione.

Va infatti innanzitutto considerato che i principi e i criteri fissati dalla Legge Delega n. 183 del 10.12.2014 per l'applicazione del contratto a Tutele Crescenti fanno riferimento inequivocabilmente ad un parametro oggettivo, che è quello delle nuove assunzioni. E certamente, in termini giuridici, non possono essere considerate nuove assunzioni né le trasformazioni senza soluzione di continuità di contratti a termine, né tantomeno la mera prosecuzione dei contratti di apprendistato dopo il periodo di formazione.

Il termine conversione, infatti, assume, nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, un preciso significato tecnico. Esso è utilizzato sia dall'art. 1424 cod. civ. per i casi di un contratto nullo il quale può produrre gli effetti di un contratto diverso del quale contenga i requisiti di sostanza e forma, sia dall'art. 32 co. 5 della L. 183/2010 (c.d Collegato Lavoro), come sanzione specificamente prevista dalla legge nelle ipotesi di contratto a tempo determinato nullo, perché stipulato in violazione dei requisiti formali o sostanziali necessari per l'apposizione del termine al contratto di lavoro.

Secondo questa interpretazione restrittiva, quindi, l'impiego del termine conversione da parte del Legislatore non avrebbe dunque nulla di generico ma, anzi, assumerebbe un significato tecnico ben preciso, richiamando testualmente il regime sanzionatorio previsto dalla legge in presenza di determinati vizi formali e sostanziali nella stipulazione di contratti di

lavoro a termine e di apprendistato. Sul punto, la giurisprudenza di merito si è divisa e non ha fornito una interpretazione unanime.

Ad esempio, il Tribunale di Roma, con sentenza n. 75870 del 6.8.2018, ritenuto di non condividere l'interpretazione, definita più lineare, del termine conversione, ricomprendente cioè tutte le ipotesi di trasformazione di un contratto a termine in un contratto a tempo indeterminato. Secondo il Tribunale di Roma, quindi, le Tutele Crescenti sono applicabili in quei casi in cui un contratto a tempo determinato, stipulato prima del 7.3.2015, subisca una conversione per via giudiziale e non, al contrario, nelle ipotesi di semplice trasformazione, conseguente ad una prosecuzione di fatto del rapporto oltre il termine contrattuale, ovvero a seguito di una manifestazione esplicita di volontà.

Di segno opposto invece la recente sentenza n. 383/2019 del Tribunale di Parma, secondo la quale le Tutele Crescenti sarebbero applicabili nel caso di conversione per volontà negoziale di un contratto a tempo determinato, stipulato prima del 7.3.2015, in un contratto a tempo indeterminato, mentre tale regime di tutele non sarebbe applicabile nel caso in cui la conversione sia stata disposta in sede giudiziale, a seguito della dichiarazione di nullità del termine. Questo perché, secondo il Tribunale di Parma, la conversione operata in sede giudiziale di un contratto a termine determina la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato con efficacia ex tune, cioè dall'origine, con conseguente applicazione del regime di stabilità reale di cui all'art. 18 Statuto dei Lavoratori.

Alla luce delle divergenze interpretative illustrate, torna quindi utile il suggerimento contenuto nella Circolare n. 1983 del 9.3.2015 di Confindustria, secondo cui sarebbe altamente consigliabile, in tutte le possibili ipotesi di trasformazione di un rapporto a tempo determinato in uno a tempo indeterminato, la formale chiusura del precedente rapporto a termine, per poi avviare subito dopo un nuovo rapporto a tempo indeterminato.

* Avvocato in Milano -Galbusera&Partnerswww.galbuseraandpartners.com

INQUADRAMENTO INPS PANIFICI E PIZZERIE ARTIGIANE CON RISTORAZIONE SUL POSTO

di Luisella Fontanella*

L'inquadramento contributivo nei diversi settori (Industria, Artigianato, Commercio, ecc.) viene effettuato dall'Inps con riferimento all'attività effettivamente esercitata dall'azienda, indipendentemente dal contratto collettivo applicato ed è rilevante per tutti gli aspetti della materia previdenziale.

Vige il principio dell'inquadramento unico, nel senso che è esclusa la possibilità di scindere dall'inquadramento previdenziale del datore di lavoro, un inquadramento particolare per alcuni lavoratori, su richiesta del datore di lavoro. La fonte principale è la legge 9 marzo 1989, n. 88 "Ristrutturazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro" che, all'art. 49, prevede che la classificazione dei datori di lavoro disposta dall'Inps ha effetti nei confronti di ogni altro ente ai fini previdenziali ed assistenziali.

Inquadramenti in settori diversi di parte dei lavoratori sono ammessi solo in determinati casi previsti dalla legge che comportano l'applicazione di un regime contributivo specifico.

Ad esempio: un inquadramento differenziato è previsto per i lavoratori inviati all'estero in paesi extracomunitari non convenzionati o parzialmente convenzionati.

In caso di svolgimento di attività plurime esercitate in regime di autonomia gestionale, l'Inps ha sempre previsto la possibilità di attribuire ai datori di lavoro inquadramenti in settori diversi.

I datori di lavoro che svolgono attività plurime rientranti in settori diversi, ciascuna delle quali non abbia autonomia organizzativa e gestionale, devono chiedere al Ministero del Lavoro un decreto di aggregazione ad uno dei settori di attività.

Spesso ci si trova nella necessità di classificare imprese che svolgono attività plurime per offrire una maggior scelta di servizi alla clientela: un esempio è quello dei panifici e delle pizzerie artigiane che, oltre alla vendita di prodotti da asporto, hanno

nel locale dei tavolini atti alla ristorazione sul posto e si dotano della licenza di pubblico esercizio.

Normalmente il personale dipendente si trova nella necessità di svolgere mansioni promiscue - produzione - vendita – servizio ai tavoli, e risulta difficile determinare il corretto inquadramento ai fini contributivi. Come occorre procedere alla luce di quanto sopra? Occorrerà l'apertura di una ulteriore posizione contributiva o potrebbe essere corretto valutare soltanto quale sia l'attività prevalente del lavoratore?

L'Inps, con la circolare n. 138 del 16 maggio 1995, aveva esposto i nuovi criteri per la classificazione delle aziende che esercitano attività di pizzeria a taglio e rosticceria. Queste ultime andavano classificate nel settore commercio - pubblici esercizi, in quanto l'attività è assimilabile a quella dei ristoranti, tavole calde e similari.

Tuttavia, poiché materia dell'inquadramento nel settore commercio (ora terziario) si era formata una giurisprudenza contraria alle tesi dell'Istituto, con la suddetta circolare veniva stabilito che le aziende esercenti attività di pizzeria al taglio e rosticceria da asporto potevano essere classificate nel settore artigianato (in presenza dei requisiti di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443 "Legge quadro per l'artigianato"), se le stesse non fossero dotate di locali di ristorazione (dove i cibi venivano consumati dai clienti) e provvedessero alla sola vendita dei loro prodotti, fatta eccezione per quelle tipologie di bevande (come la birra) o di complementi alimentari (come le patatine fritte confezionate).

Diverso orientamento è stato espresso dall'Inps nel messaggio n. 2645 del 23 giugno 2017 che integra il punto 2 della circolare Inps n. 56/2017 in relazione alla classificazione delle gelaterie e pasticcerie dove si precisa che:

"In conformità al richiamato principio di carattere generale, nell'ipotesi in cui una gelateria o pasticceria artigiana abbia anche un locale di vendita al pubblico e le due attività (di produzione e di vendita) siano connotate dai requisiti di autonomia organizzativa e funzionale, dovranno essere aperte 2 distinte posizioni contributive: una nel settore Artigianato per l'assolvimento della contribuzione relativa ai dipendenti addetti all'attività di produzione; una seconda nel settore Commercio – con il c.s.c. 70201 e il codice Ateco 2007

n. 47.24.20 - per l'assolvimento della contribuzione relativa ai dipendenti addetti all'attività di vendita.

Laddove, per l'attività di vendita, l'impresa artigiana sia in possesso anche della licenza di Pubblico esercizio, all'ulteriore posizione contributiva dovrà, invece, essere attribuito il c.s.c. 70504, il codice Ateco 2007 n. 56.10.30 e il c.a. 9P, avente il significato di "contributo aggiuntivo malattia per i pubblici esercizi".

In via eccezionale, e in deroga al principio di carattere generale sopra richiamato, tale ultima distinta classificazione dovrà comunque essere adottata, anche in assenza del requisito di autonomia gestionale, laddove per l'attività di vendita risulti rilasciata apposita licenza di Pubblico esercizio.

Si precisa, inoltre, che, qualora le distinte attività di produzione e di vendita non abbiano i caratteri dell'autonomia, ovvero l'impresa artigiana non sia in possesso della licenza di pubblico esercizio, deve rimanere accesa o essere assegnata soltanto un'unica posizione contributiva nel settore artigianato.

Alla luce di quanto sopra esposto, si auspica che l'apertura disposta dalla circolare n. 56/2017 in ordine alla classificazione delle gelaterie e pasticcerie ed oggetto del successivo messaggio di integrazione n. 2645/2017, possa essere prevista anche per panifici e pizzerie al taglio.

In mancanza, per queste ultime si dovrà continuare a prevedere un solo inquadramento, o nel settore artigianato o nel settore terziario.

*Odcec Torino



UNIONE CIVILE TRA DATORE DI LAVORO E LAVORATORE E CONTRIBUTI PREVIDENZIALI; UN CASO

di Domenico Calvelli*

In un quesito prospettato alla Direzione Regionale Inps del Piemonte è stato rappresentato il caso di un dipendente, da lunga data, di un'impresa artigiana esercitata in forma individuale che, intendendo avvalersi dell'istituto dell'unione civile con il proprio datore di lavoro (ex legge 20 maggio 2016 n. 76) e continuando nel contempo a svolgere la propria attività di lavoratore subordinato presso il medesimo, ma non convivendo con quest'ultimo, né avendo con questi una comunione di interessi, avrebbe necessità di sapere se egli possa continuare a maturare i requisiti pensionistici derivanti dalla propria posizione lavorativa. Persisterebbe in tal caso in capo al datore di lavoro l'obbligo di versare i contributi, sia nella parte a carico dell'impresa, sia nella parte a carico del dipendente, come se si trattasse di un lavoratore subordinato senza legami familiari con il datore di lavoro? Vi potrebbe essere, al contrario, un'incompatibilità tra il proprio stato di lavoratore dipendente ed il fatto di aver contratto un'unione civile con il proprio datore di lavoro?

La Direzione regionale, rispondendo con estrema rapidità, premette che tutte le attività lavorative si presumono a titolo oneroso, salvo che se ne dimostri la finalità solidaristica e non quella lucrativa. Tutto ciò, precisa tuttavia, non vale per il lavoro prestato in ambito familiare: esso si presume gratuito per il fatto che sia reso in favore di uno stretto congiunto; ma anche in questo caso è ammessa la prova contraria.

La giurisprudenza ha avuto modo in effetti di precisare che la presunzione di gratuità è giustificata solo quando alla relazione parentale si unisca la materiale convivenza. «Nel caso in cui i soggetti del rapporto di lavoro siano conviventi, le relazioni di affetti familiari, di parentela e di interessi tra essi esistenti possono giustificare una presunzione di gratuità, mentre nell'ipotesi di soggetti non conviventi sotto lo stesso tetto, ma appartenenti a nuclei familiari distinti ed autonomi, tale presunzione cede il passo a quella di normale onerosità del rapporto, superabile con la dimostrazione di sicuri elementi contrari». (Cassazione civile, sez. lav. 3287/1986). Pertanto, nel

caso prospettato, stante la non convivenza del lavoratore con il datore di lavoro, la prestazione lavorativa non si potrà presumere gratuita. È del tutto evidente, però, che l'onerosità dovrà essere in grado di resistere alla prova contraria, eventualmente fornita - per esempio - dalle risultanze di un accesso ispettivo.

* Presidente del Coordinamento degli Ordini dei Commercialisti di Piemonte e Valle d'Aosta, dell'Ordine dei Commercialisti di Biella e della Fondazione italiana di giuseconomia

PENSIONE QUOTA 100

di Marialuisa De Cia*

Il mondo pensionistico è in costante fermento e tra pensione di vecchiaia, anticipata, cumulo, totalizzazione, quota 100, opzione donna e quant'altro, c'è di che perdersi. Certo non bastano poche righe per sbrogliare una matassa così particolarmente ingarbugliata, ma un focus quanto meno sul recente provvedimento normativo che ha ridato tante speranze a chi ha superato i 60 anni di età, forse può aiutare a comprendere meglio la nuova opzione pensionistica denominata "quota 100".

L'art. 14 del decreto legge 28 gennaio 2019 n. 4 "Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni" convertito in legge 28 marzo 2019 n. 26 ha introdotto in via sperimentale per tutto il triennio 2019-2021 la "pensione quota 100" nel rispetto dei limiti di spesa predeterminati.

Chi può aspirare alla pensione "Quota 100"? Possono richiedere questo particolare trattamento pensionistico anticipato, gli uomini e le donne, senza "discrimine di genere", che possono far valere contemporaneamente almeno 62 anni di età e 38 anni di contribuzione. Salva la disponibilità dei fondi, potranno accedervi, pertanto, i soggetti che entro il 31 dicembre 2021 abbiano maturato entrambi i requisiti previsti (62 anni di età e almeno 38 anni di contribuzione). Tali soggetti potranno richiedere il trattamento di pensione in "quota 100" anche successivamente alla scadenza del triennio a condizione che i requisiti siano stati maturati entro il 31 dicembre 2021.

Per espressa previsione normativa, a questa particolare tipologia di pensione anticipata,

non si applicano gli adeguamenti alle speranze di vita.

Il d.l. 4/2019, introducendo il nuovo seppur sperimentale accesso pensionistico, ha precisato che gli enti interessati sono tutti quelli riconducibili all'Assicurazione Generale Obbligatoria (AGO) e alle forme esclusive e sostitutive della medesima gestite dall'Inps nonché alla gestione separata (GS) di cui alla legge 8 agosto 1995 n. 335. Restano escluse da "quota 100", nostro malgrado, le casse libero professionali.

Ai fini della determinazione dell'anzianità contributiva, ribadisce la norma, è possibile cumulare tutti i periodi non coincidenti riferiti a tutte le gestioni Inps. Pertanto, i soggetti con differenti contribuzioni (lavoratori subordinati, artigiani, commercianti, gestione separata, ecc.) potranno sommare la contribuzione versata a ciascuna gestione a condizione che non vi sia sovrapposizione dei periodi assicurativi. Nel caso, per esempio, di contemporaneo versamento nel corso di un anno di contributi alla gestione separata e alla gestione commercianti, l'anzianità maturata sarà sempre e solo un anno (52 settimane o comunque 12 mesi). In merito all'accredito contributivo nella gestione separata, si evidenzia che la maturazione di una intera annualità è subordinata al pagamento di contributi su un reddito minimo pari a € 15.878,00 per l'anno 2019. Versamenti inferiori comportano il riproporzionamento del periodo assicurativo utile.

Il requisito contributivo minimo richiesto è pari a 38 anni di contribuzione versata cumulando, come sopra evidenziato, tutti i contributi riferiti alle varie gestioni Inps. Ne consegue che, eventuali versamenti effettuati a casse libero professionali, potranno essere contabilizzati ai fini del riconoscimento della pensione anticipata a "quota 100", solo nel caso sia stato effettuato il riscatto di tali contributi nell'ambito delle gestioni Inps. La circolare Inps del 28 gennaio 2019 n. 11 precisa che, qualora previsto dalla gestione che liquida il trattamento, dovranno essere versati almeno 35 anni di contribuzione utile sui 38 anni di contribuzione minima previsti. In tal senso, si intendono comunque "utili" i contributi accreditati per riscatto laurea, servizio militare, maternità, cigo, cigs, ecc. Non si computano le malattie per le quali non vi è stata integrazione da parte del datore di lavoro ma solo contribuzione figurativa né l'indennità di disoccupazione. Il d.l. 4/2019 istituisce la pensione "quota 100" con decorrenza dal 1 gennaio 2019 introducendo però le cosiddette "finestre"

per l'erogazione effettiva del trattamento. Infatti per i soggetti del settore "privato" che hanno maturato i requisiti di legge (almeno 62 anni di età e almeno 38 anni di contributi) al 31 dicembre 2018, la pensione "quota 100" viene liquidata con decorrenza dal 1 aprile 2019. Per chi matura il requisito successivamente, la decorrenza della pensione avverrà dopo tre mesi considerando "neutro" il mese di maturazione. In pratica, se la maturazione del diritto avviene il 6 novembre 2019, la pensione verrà liquidata dal 1 marzo 2020. La "finestra" non si applica se la domanda di pensione viene presentata successivamente alla scadenza delle stessa. Per riprendere l'esempio, se la domanda viene presentata ad aprile 2020, la pensione decorrerà da maggio 2020.

La norma ha, tuttavia, ampliato la durata della "finestra" per i dipendenti del pubblico impiego portandola a sei mesi.

I lavoratori richiedenti la pensione anticipata in "quota 100" potranno prestare normale attività lavorativa anche durante la "finestra" in quanto il requisito della cessazione del rapporto di lavoro deve essere perfezionato prima (anche il giorno precedente) della data di decorrenza del trattamento pensionistico. E' altresì possibile proseguire con i versamenti volontari qualora vi sia un interesse specifico, per esempio, ad incrementare l'anzianità contributiva.

La pensione anticipata in "quota 100" è totalmente incompatibile con la percezione di redditi da lavoro dipendente o autonomo ad eccezione di quelli derivanti da prestazioni di lavoro autonomo occasionale nel limite di € 5.000,00 lordi annui. Lo stabilisce il comma 3 dell'art. 14 del d.l. 4/2019.

L'incompatibilità opera dal primo giorno di decorrenza della pensione e fino alla maturazione dei requisiti per l'accesso al trattamento di pensione di vecchiaia. Decorso tale termine, il pensionato potrà percepire liberamente redditi di lavoro subordinato, parasubordinato e/o autonomo.

La violazione della restrizione prevista dal citato comma 3, comporta la sospensione del trattamento pensionistico in "quota 100" per l'intero anno nel corso del quale è stato percepito il reddito da lavoro autonomo o da dipendente con restituzione di tutte le quote di pensione eventualmente erogate. Ovviamente l'incumulabilità opera anche per la medesima tipologia di redditi prodotti all'estero. L'Inps, nell'ambito del controllo del rispetto dei requisiti di non cumulabilità, attiverà le necessarie verifiche per il tramite



DK PAGHE. UN SOFTWARE PER DUE.

Per gestire, in condivisione con i tuoi clienti, l'elaborazione dei cedolini e gli adempimenti per tutti i contatti di lavoro. Mettetevi comodi.



dell'Agenzia delle Entrate. Sarà in ogni caso onere del pensionato comunicare all'Inps la percezione di redditi dai quali deriva l'incumulabilità.

Sulla cumulabilità dei redditi, si è in attesa di una ulteriore circolare esplicativa dell'Inps nella quale, si auspica, vi sia una elencazione dettagliata dei redditi "cumulabili" (per esempio redditi di capitale) e "incumulabili", in quanto una errata valutazione dei redditi che potrebbero essere percepiti comporterebbe danni considerevoli al pensionato.

* Odcec Milano

LAVORATORI EXTRA-UE IRREGOLARI – LE NOVITÀ DELLA LEGGE DI BILANCIO 2019 SUL LAVORO NERO

di Paolo Busso*

Con l'approvazione della Legge di Bilancio 2019 (comma 445 dell'art. 1 della legge 30 dicembre 2018 n. 145) vengono introdotte una serie di novità atte a rafforzare l'attività di vigilanza dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro e ad elevare gli importi delle sanzioni sul lavoro nero, che rappresentano i comportamenti elusivi maggiormente individuati dagli organi di vigilanza.

L'intervento sicuramente più rilevante per i datori di lavoro riguarda l'apparato sanzionatorio con l'aumento del 20% delle sanzioni precedentemente in vigore. Tale percentuale viene poi raddoppiata in caso di reiterazione della medesima violazione nell'arco degli ultimi tre anni, ed ulteriormente incrementata del 20% se il lavoratore impiegato in nero è extra-UE o minorenne in obbligo scolastico.

Alla luce di quanto sopra le nuove sanzioni possono essere così schematizzate:

Con l'ulteriore aumento del 20% in caso di lavoratori stranieri o minori gli importi diventano sempre più significativi potendo arrivare fino ad un minimo di € 2.520 contro un importo che prima poteva essere di € 1.800.

Vale la pena evidenziare come la terminologia utilizzata dal legislatore per il raddoppio delle sanzioni in caso il datore di lavoro sia stato destinatario di sanzioni amministrative per i medesimi illeciti nei tre anni precedenti, non faccia riferimento alla recidiva. Questo potrebbe portare alla possibilità che le sanzioni possano essere raddoppiate anche nel caso in cui le ammende precedenti non siano state definite in fase amministrativa o giudiziaria. Pensando ai tempi dei ricorsi attualmente in essere, la possibilità non sembra poi così remota. Si spera quindi in un chiarimento su tale aspetto.

Per quanto attiene poi l'eventualità di utilizzo di lavoratori stranieri extra-UE, con il decreto 151/2018 è stata recepita la direttiva CEE 2009/52/CE, con la quale viene stabilita una sanzione accessoria pari al pagamento del costo di rimpatrio del lavoratore straniero occupato in nero.

L'importo per questa ulteriore sanzione accessoria è attualmente fissato in € 1.398, portando quindi ad un totale di € 3.918 il valore minimo della sanzione applicabile in caso di reiterazione dell'illecito per ogni singolo lavoratore.

Restano ovviamente salve le ipotesi previste dal comma 12 dell'art. 22 del d.lgs. 286/1998 che prevede la reclusione da sei mesi a tre anni per il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri senza permesso di soggiorno. Appare chiaro quindi come l'assunzione irregolare di un lavoratore extra-UE sia una pratica rischiosa sia in termini economici sia penali; le conseguenze penalmente previste, possono essere realmente pesanti e funzionali a scoraggiare tale comportamento.

Vi è il rischio che alcuni datori di lavoro incorrano loro malgrado, ossia in modo colposo, per negligenza o imperizia in tali violazioni; si pensi infatti al lavoratore straniero regolarmente assunto al quale scade il permesso di soggiorno senza che lo stesso lo rinnovi. Se è pur vero che spetta al datore di lavoro vigilare su tale eventualità, è altrettanto vero che tale adempimento può diventare spesso difficile e complicato e che quindi la svista o l'errore può essere sempre dietro l'angolo.

Diversa ed ulteriore difficoltà, in capo al datore di lavoro, è la verifica della documentazione attestante il permesso di soggiorno in relazione alla sua validità o meno. Al di là infatti dell'usuale documento (tesserino) che attesta con chiarezza la regolarità della permanenza sul territorio italiano, spesso si ha a che fare con documentazione non sempre chiara e di facile interpretazione che presuppone conoscenze, a volte anche non solo di base, proprie di professionisti della materia. Si pensi ad esempio ai rinnovi scaduti e rinviati per i più svariati motivi, a permessi provvisori rilasciati in formato cartaceo che non sono ancora stati del tutto definiti, magari perché in attesa di essere risolti dall'autorità giudiziaria, e così via.

Risulta quindi evidente come il datore di lavoro debba sempre prestare la massima attenzione alla verifica della documentazione presentata lavoratore straniero, avvalendosi anche di professionisti specializzati, sia in fase di assunzione sia durante il rapporto di lavoro. Queste attenzioni sono utili quando bisogna assumere decisioni importanti in caso la documentazione non fosse del tutto chiara o completa, scegliendo magari di non assumere quel determinato lavoratore che si è ricercato con tanta fatica, anziché viceversa assumerlo proprio perché la ricerca è stata così difficile e lunga.

La necessità di una normativa chiara e di agevole applicazione richiede una lettura complessiva ed attenta al fine di evitare nuovi oneri alle imprese o ulteriori difficoltà nello svolgimento della propria attività lavorativa nel solco di una applicabilità non solo punitiva ma educativa sui comportamenti non rispondenti a dettati normativi diretti alla salvaguardia della dignità umana in ogni sua esplicazione.

LAVORO NERO	SANZIONE PRECEDENTE	INCREMENTO DEL 20%	INCREMENTO PER REITERAZIONE DEL 40%
Fino a 30 gg.	Da 1.500 a 9.000 €	Da 1.800 a 10.800 €	Da 2.100 a 12.600 €
Da 31 a 60 gg.	Da 3.000 a 18.000 €	Da 3.600 a 21.600 €	Da 4.200 a 25.200 €
Oltre 60 gg.	Da 6.000 a 36.000 €	Da 7.200 a 43.200 €	Da 8.400 a 50.400 €

*Odcec Milano

La disciplina del lavoro della gente di mare

IL LIBRO UNICO DEL LAVORO

di Graziano Vezzoni* e Riccardo Lari*

Quando si parla di adempimenti che riguardano l'apertura di una posizione lavorativa di personale addetto alla navigazione si viene assaliti da una infinità di dubbi ed incertezze dati dalla stratificazione della normativa che regolamenta la materia. La normativa che disciplina lo stesso aspetto, ha talvolta soluzioni divergenti dettate da leggi speciali, da leggi e convenzioni internazionali. Uno dei primi dubbi da sciogliere è l'obbligo o meno dell'utilizzo da parte del datore di lavoro del libro unico del lavoro – LUL.

Fosse un lavoro che rientra nel commercio, industria e artigianato, sarebbe facile, sì bisogna attivare il LUL; ma per rispondere a questo quesito, nel caso di utilizzo di personale navigante, è necessario analizzare la legislazione che tratta questa materia. Bisogna partire, senz'altro, dal Codice della Navigazione e precisamente dall'art. 169 e seguenti; da detti articoli si evince che tra i vari libri di bordo deve essere presente il "ruolo di Bordo" dove devono essere annotate "le persone dell'equipaggio con l'indicazione del contratto individuale arruolamento, nonché del titolo professionale, della qualifica, delle mansioni da esplicare a bordo e della retribuzione fissata dal contratto stesso". Il Codice della Navigazione per quanto riguarda il personale di bordo non prevede altri libri o registri, quindi la risposta alla nostra domanda, ci soffermassimo soltanto su queste indicazioni, potrebbe propendere per un no, il LUL non serve.

Adesso bisogna verificare se esiste altra normativa che affronta questo tema ed infatti troviamo il d.p.r n. 1124/1965 che disciplina le disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali e si occupa del personale navigante agli artt. 4 e 7.

All'art. 4 leggiamo chi sono gli obbligati all'assicurazione: "Per quanto riguarda la navigazione e la pesca, sono compresi nell'assicurazione i componenti dell'equipaggio, comunque retribuiti..."; ma è solo al successivo art. 7 che la confusione aumenta, infatti si legge: "... si considerano come persone componenti l'equipaggio della nave tutte quelle regolarmente iscritte sul ruolo di equipaggio o comunque imbarcate per servizio della nave. I ruoli di equipaggio e gli stati di paga di bordo

tengono luogo dei libri di matricola e paga". Dopo tutto questo disquisire, quale comportamento o norma bisogna seguire? Quella del Codice della Navigazione, legge speciale, o quella del d.p.r. 1124, legge orinaria? La confusione diventa però panico a seguito del DM 9.7.2008 (istituzione del LUL) che all'art.7 comma 2 recita: "Dalla data di entrata in vigore del presente decreto le disposizioni normative ancora vigenti che fanno richiamo ai libri obbligatori di lavoro o ai libri di matricola e paga, devono essere riferite al libro unico del lavoro, per quanto compatibili". E ancora aumenta il panico la successiva circolare del Ministero del Lavoro n. 20/2008 che sancisce ed informa: "... al fine di uniformare l'azione sull'intero territorio nazionale, il radicale mutamento delle attività ispettive e di vigilanza a seguito dell'eliminazione dei libri paga e matricola e di altri libri obbligatori e della loro sostituzione, a far data dal 18 agosto 2008, verranno sostituiti con il libro unico del lavoro". A questo punto bisognerebbe rispondere che attivare il LUL sarebbe la scelta giusta. Ma per ingarbugliare, ulteriormente, questa vicenda interviene il Ministero che rispondendo ad un Interpello, proposto dalla Confitarma, la Fedarlinea e la Federpesca, il n. 53/2008 per la precisione che recita "i datori di lavoro marittimi sono tenuti, con riferimento al personale componente l'equipaggio della nave, unicamente all'istituzione e tenuta dei ruoli di equipaggio e degli stati paga di bordo". Quindi a questo punto la risposta giusta per risolvere il nostro dubbio, viene chiarita e certificata dall'Interpello n. 53/2008 che sancisce ed indica quale unica via da seguire per la gestione del personale navigante la sola tenuta dei ruoli di equipaggio e degli stati paga di bordo; naturalmente resta inteso che per il personale che presta il proprio servizio a terra deve essere istituito ed aggiornato unicamente il LUL.

*Odcec Lucca



QUANDO IL PROFESSIONISTA DEVE ESSERE NOMINATO RESPONSABILE DEL TRATTAMENTO DEI DATI

di Stefano Bacchiocchi*

Il Garante della Privacy, dopo l'approvazione del GDPR e, a seguire, del d.lgs. 101/2018, ha avuto modo di offrire precisazioni riguardo alla nomina e ai profili di responsabilità dei professionisti impegnati in tale ambito.

In questo articolo esaminerò le criticità della nomina del responsabile del trattamento dei dati personali prevista dalla nuova normativa privacy. Torno sull'argomento (ne avevo già discusso su questa stessa rivista nel numero di settembre/ottobre 2018) in quanto è diventato di scottante attualità, soprattutto per chi si occupa di consulenza in tema di paghe e contributi.

Con la circolare 11560/2018, il Consiglio nazionale dell'ordine dei Consulenti del lavoro aveva consigliato ai propri iscritti che si occupano delle attività tipiche (consulenza su paghe e contributi ecc.) per conto dei propri clienti di non procedere a nomine in qualità di responsabili del trattamento; si riteneva infatti che il professionista dovesse essere configurato quale titolare autonomo del trattamento. In quella circolare, il consiglio nazionale affermava inoltre che tra cliente e professionista dovesse esserci, al più, un rapporto di contitolarità.

Per ottenere un parere definitivo, è stato posto al Garante della privacy il quesito dell'effettiva sussistenza della obbligatorietà per il professionista, nell'ambito dello svolgimento delle proprie attribuzioni, di essere nominato quale "responsabile del trattamento" da parte dei propri clienti ed aderire a format predeterminati in maniera unilaterale.

Il Garante, con il provvedimento del 22 gennaio 2019, ha avuto modo di rispondere ripercorrendo le definizioni mutuate dalla normativa privacy: il "titolare del trattamento" è il soggetto che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità ed i mezzi del trattamento dei dati personali; il "responsabile del trattamento", invece, è il soggetto che tratta i dati personali per conto del titolare del trattamento.

Nella disamina di queste definizioni, il Garante ha deciso di portare l'attenzione sull'attività di chi si occupa di lavoro; esistono almeno due tipologie di attività di trattamento dei dati: quella dove il professionista agisce in autonomia ed indipendenza, determinando le finalità ed i mezzi del trattamento, e la tipologia in cui il consulente svolge attività delegate per conto dei propri clienti.

È infatti questa seconda tipologia ad essere più frequente negli studi, dove quindi il professionista deve essere nominato quale responsabile del trattamento dal proprio cliente.

In linea con quanto avevamo espresso su questa stessa rivista, nel numero citato, il Garante dà conferma che il cliente debba nominare chi si occupa di lavoro in qualità di responsabile del trattamento e che quest'ultimo debba essere adeguatamente strutturato ed ottemperante, a sua volta, alla normativa privacy.

Infatti, la maggior parte delle attività che pertengono all'ordinaria gestione, si pensi alla elaborazione dei cedolini paga, alle assunzioni, al trattamento di fine rapporto (Tfr), alle denunce contributive Inps, agli adempimenti Inail e così via, necessitano di informazioni di cui il consulente non può disporre come vuole e di cui non può definire autonomamente le finalità.

In base alla disciplina di riferimento è pur sempre il datore di lavoro ad affidare al professionista il relativo incarico e, peraltro, ciò non lo esime dall'assunzione della responsabilità prevista dall'ordinamento in caso di violazione degli obblighi posti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale.

In altre parole, il professionista ed i suoi collaboratori, per essere nominati quali responsabili del trattamento, dovranno essere obbligatoriamente formati in materia privacy e sono sottoposti alla disciplina del GDPR. In pratica, si dovrà dimostrare di aver fatto quanto necessario per formarsi e strutturarsi in maniera adeguata: mostrando attestati di partecipazione, nomine, contrattualistica ecc. e, non ultima, la nomina della figura del DPO che, pur essendo spesso non obbligatoria, è già stata più volte consigliata dal Garante.

Il Garante si sofferma anche sulla gestione dell'archivio informatico di studio: il responsabile del trattamento deve individuare e predisporre delle misure di sicurezza adeguate al rischio, adottando le misure tecniche ed organizzative tenendo conto "dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità

del trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche". Al termine del rapporto professionale, i dati dovranno essere cancellati (oppure anonimizzati) e/o consegnati al cliente.

Il professionista, allora, quando può definirsi titolare autonomo del trattamento? Quando agisce in autonomia ed indipendenza determinando le finalità ed i mezzi di trattamento, cioè quando non svolge attività delegata; ad esempio, sarà titolare del trattamento autonomo dei dati dei propri dipendenti e dei propri clienti (persone fisiche).

In ottica delle responsabilità e delle sanzioni che gravano sul professionista è indubbio che la relazione "titolare autonomo cliente (o contitolare)" è più forte e gravosa rispetto a quella "responsabile del trattamento - cliente". In estrema sintesi, il titolare autonomo risponderà dei danni e delle responsabilità riguardo ai trattamenti effettuati senza alcuna esclusione; mentre il responsabile nominato risponderà qualora non abbia correttamente adempiuto agli obblighi contrattuali. Come già ricordato nei precedenti articoli e, a maggior ragione, tenendo conto delle precisazioni espresse dal Garante, è assolutamente indispensabile redigere dei contratti scritti tra professionista "responsabile del trattamento" e cliente, che regolino le disposizioni in tema privacy. Il mio consiglio è che questi contratti di nomina siano già previsti all'interno del mandato professionale.

* Odcec Brescia



Rassegna di giurisprudenza

IMPUGNAZIONE DEL VERBALE DI CONCILIAZIONE SOTTOSCRITTO IN SEDE SINDACALE

di Bernardina Calafiori* e Alessandro Daverio**

Cass., sez. lav., 7 novembre 2018, n. 28448 Massima:

«Al fine di potere qualificare come transazione la dichiarazione liberatoria del lavoratore, contenuta nel verbale della conciliazione avvenuta in sede sindacale, è necessario non soltanto ravvisare nel testo, o aliunde, elementi che manifestino la chiara e piena consapevolezza del dichiarante di abdicare o transigere diritti determinati o oggettivamente determinabili, ma anche le reciproche concessioni tra le parti, escludendosi l'applicazione dell'art. 2113, comma 4, c.c., qualora, invece, si sia in presenza di una mera quietanza, recte dichiarazione di scienza».

La dipendente e il suo datore di lavoro, in occasione della cessazione del rapporto di lavoro, sottoscrivevano un verbale di conciliazione in una sede sindacale, con l'efficacia di cui all'art. 2113, comma 4 c.c. Nel verbale, tra l'altro la dipendente accettava di ritenere come "transatte e rinunciate tutte le azioni" nei confronti della società.

La dipendente impugnava davanti all'autorità giudiziaria detto accordo sindacale sostenendo che il verbale sottoscritto dalle parti non costituisse una vera e propria transazione ex art. 1965 c.c., poiché non vi erano concessioni reciproche delle parti che fossero idonee a rivestire la natura appunto "transattiva". Infatti - sosteneva la dipendente - a fronte della incondizionata rinuncia della dipendente la società non avrebbe corrisposto alcuna somma.

I giudici di merito, accoglievano le domande della dipendente, qualificando il verbale sottoscritto come "mera dichiarazione di scienza" e "quietanza a saldo" della avvenuta corresponsione delle spettanze di fine rapporto.

Avverso la pronuncia della Corte d'Appello, la società proponeva ricorso per Cassazione, affermando al contrario, che nella sede sindacale di sottoscrizione la dipendente era stata resa edotta del carattere transattivo delle rinunce contenute nel verbale.

La Corte respinge il ricorso sostenendo che non vi fossero elementi oggettivi tali da qualificare il verbale come transazione e che la volontà di rinunciare ad azioni e diritti futuri debba emergere in modo chiaro.

Dice la Corte infatti che:

«Nella dichiarazione liberatoria sono ravvisabili invece gli estremi di un negozio di rinunzia o

transazione in senso stretto soltanto quando per il concorso di particolari elementi di interpretazione contenuti nella stessa dichiarazione, o desumibili aliunde, risulti che la parte l'abbia resa con la chiara e piena consapevolezza di abdicare o transigere su propri diritti».

Questo in termini generali, nel caso specifico poi del rapporto di lavoro, si può desumere l'esistenza di un negozio transattivo, soltanto ove le parti abbiano operato concessioni reciproche. Dice infatti la Corte che:

«Per poter qualificare come atto di transazione l'accordo tra lavoratore e datore è necessario che contenga lo scambio di reciproche concessioni, sicchè, ove manchi l'elemento dell'aliquid datum, aliquid retentum, essenziale ad integrare lo schema della transazione, questa non è configurabile».

La Cassazione infine non ignora la circostanza che l'art. 2113 c.c., comma 4 prevede che le conciliazioni sottoscritte nelle sedi di cui agli artt. 185, 410 e 411, 412 ter e 412 quater del codice di procedura civile non siano sottoposte al regime (soprattutto di impugnabilità) di cui allo stesso 2113 c.c., ma nonostante ciò afferma:

«Che a nulla rileva, peraltro, che la transazione sia stata effettuata in sede sindacale atteso che, perchè possa applicarsi l'art. 2113 c.c., comma 4, che esclude la possibilità di impugnativa delle conciliazioni sindacali, deve pur sempre trattarsi di un atto qualificabile come transazione e non di una mera quietanza liberatoria».

La sentenza in commento, con un'attività interpretativa quasi "creativa", sembra sindacare la volontà delle parti qualificando la transazione come mera "dichiarazione di scienza" o "quietanza a saldo" ove non vi sia un corrispettivo per le rinunce. Ciò nonostante la legge predisponga lo strumento delle sedi c.d. "protette" proprio per prevenire eventuali "abusi" nelle rinunce. Così facendo, pur se appartenente ad una corrente minoritaria, scalfisce in parte uno strumento che con tutti i limiti del caso, ha contribuito a creare chiarezza e certezza nei rapporti giuridici, soprattutto in occasione della cessazione dei rapporti di lavoro.

REGOLARITÀ DURC – INVITO A REGOLARIZZARE – DM 30 GENNAIO 2015

di Bernardina Calafiori* e Simone Brusa**

Tribunale di Roma, Sez. Terza Lavoro, sentenza 14 febbraio 2019, n. 1490: regolarità DURC – invito a regolarizzare – DM 30 gennaio 2015 - incongruenza denuncia contributiva – "squadratura" L'INPS non può negare il rilascio del

DURC sulla base del fatto che un datore di lavoro non ha corretto nei 15 giorni concessi dall'invito a regolarizzare (art. 4 del DM 30 gennaio 2015) una incongruenza relativa ad una denuncia contributiva (c.d. "squadratura"). Ciò in quanto la norma di riferimento (art. 3 del DM 30 gennaio 2015) circa la regolarità contributiva impedisce il rilascio di un DURC positivo solo a fronte di inadempienze formalmente accertate e comunicate; la "squadratura"/incongruenza non rientra tra tali inadempienze in quanto non è di per sé un importo contributivo dovuto e non pagato.

Il caso deciso con il provvedimento in epigrafe trae origine dal ricorso avanzato da una società a cui era stato annullato il DURC dopo che lo stesso era stato inizialmente concesso; nelle tesi dell'INPS l'annullamento sopravvenuto era motivato da "una squadratura tra parziali e totali verificatasi nelle denunce contributive dei mesi di marzo aprile e maggio 2017" che non era stata sanata nei termini previsti dall'art. 4 del DM 30 gennaio 2015 (15 giorni dall'invio dell'invito a regolarizzare) e che, pertanto, avrebbe precluso alla Società l'ottenimento di un DURC regolare.

Nella ricostruzione del fatto offerta dalla sentenza viene dato atto che le "squadrature" /incongruenze venivano sanate dalla Società con un'integrazione di comunicazione solo quasi 3 mesi dopo l'invito a regolarizzare (e quindi ben oltre i 15 giorni previsti dall'art. 4 del DM). D'altra parte, viene evidenziato che, anche successivamente alle "squadrature" inviate dalla Società e accettate dall'INPS, non emergeva alcuna omissione contributiva a carico della Società.

Secondo le tesi dell'INPS il ritardo nella "squadratura" sarebbe stato sufficiente a legittimare l'annullamento del DURC in quanto "solamente con la presentazione di una denuncia corretta e completa l'Ente Previdenziale è messo nella condizione di controllare e quantificare i contributi dovuti".

Il Giudice, in sentenza, contrastava le tesi dell'Istituto affermando che:

- l'espressione "Documento di Regolarità Contributiva" (DURC) sembra riferirsi alla regolarità della Società in materia di "obblighi contributivi e non necessariamente col rispetto rigoroso delle forme della denuncia contributiva";
- la stessa normativa in materia di DURC (DM 30 gennaio 2015) all'art. 3, comma 1 prevede che "la verifica...riguarda i pagamenti dovuti dall'impresa" e al comma 3 prevede che uno scostamento non grave tra somme dovute e somme

pagate non osta al rilascio del DURC;

 il DM non regola espressamente il caso delle "violazioni non inerenti all'inadempimento sostanziale di obblighi contributivi, se non all'art. 8 che rimanda ad un allegato A nel quale non compare la violazione delle disposizioni regolamentari di compilazione delle denunce contributive".

Alla luce degli elementi descritti il Giudice riteneva irrilevante e non ostativa al rilascio del DURC la semplice "sfasatura tra parziali e totali" aggiungendo che lo stesso Istituto, nel caso, avrebbe comunque potuto svolgere accertamenti al fine di "verificare da sé dove sta l'errore, ed a quanto ammonta il contributo effettivamente dovuto che sia superiore al dichiarato, ed in tal caso peraltro si genererebbe un iter nel quale sarebbe eventualmente emesse una nota di rettifica che potrebbe essere contestata con effetti impeditivi del rifiuto del rilascio del DURC ai sensi dell'art. 3, co. 2, lett. d) e e) del DM".

Quindi, secondo il Tribunale romano, "squadrature" tardive non legittimano il rifiuto/l'annullamento di un DURC alla Società ma, semmai, l'emissione di un verbale di accertamento o una nota di rettifica "che avrebbero potuto essere impugnati in sede amministrativa o giurisprudenziale con effetto impeditivo del mancato rilascio del DURC".

Secondo le argomentazioni della sentenza, solo il reale accertamento di un eventuale debito contributivo (con emissione di verbale di accertamento o nota di rettifica) consentirebbe alla Società di esperire i rimedi propri della tutela costituzionale prevista dall'art. 111 Cost, contestando nelle sedi previste gli importi richiesti dall'Istituto.

A conclusione di tali argomenti, la sentenza conclude che "negare il DURC solo perché il contribuente non è stato in grado in 15 giorni di mettere capo ad una incongruenza intrinseca di qualche denuncia contributiva, oltre ad apparire illegittimo per mancanza di fondamento normativo, appare anche contraddittorio ed irriconducibile a qualunque riconoscibile canone di razionalità/ragionevolezza".

* Avvocato, socio fondatore dello Studio Legale Daverio & Florio (studiolegale@daverioflorio.com) **Avvocato, Studio Legale Daverio & Florio





Corso Europa n. 13 - Milano (20122) Tel. 02-76005739 02-76011419 02-780711 Fax 02-780736

www.daverioflorio.com



INDICE Articolo pag MARITTIMI IMBARCATI SU NAVI 1 STRANIERE di Paolo Soro CESSIONE D'AZIENDA, 4 ESIGIBILITÀ DEL TFR ED ACCESSO AL FONDO DI GARANZIA INPS FRA RECENTI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI E NUOVE INDICAZIONI DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA di Luigi Andrea Cosattini 7 CASSA GEOMETRI E SOCI AMMINISTRATORI DI S.R.L.: ULTERIORE **GIURISPRUDENZA** di Stefano Ferri 8 IL LICENZIAMENTO ECONOMICO SECONDO CASSAZIONE N. 25201/2016: REQUISITI DI LEGITTIMITÀ E SPAZI DI SINDACABILITÀ GIUDIZIALE di Giovanni Chiri 10 CONVERSIONE DEL CONTRATTI A TEMPO **DETERMINATO E TUTELE** CRESCENTI di Paolo Galbusera e Andrea Ottolina PANIFICI E PIZZERIE ARTIGIANE CON RISTORAZIONE SUL POSTO di Luisella Fontanella UNIONE CIVILE TRA DATORE DI LAVORO E LAVORATORE E CONTRIBUTI PREVIDENZIALI; **UN CASO** di Domenico Calvelli PENSIONE QUOTA 100 di Marialuisa De Cia LAVORATORI EXTRA-UE 15 IRREGOLARI – LE NOVITÀ DELLA LEGGE DI BILANCIO 2019 SUL LAVORO NERO di Paolo Busso La disciplina del lavoro della gente 16 <u>di mare</u> IL LIBRO UNICO DEL LAVORO di Graziano Vezzoni e Riccardo Lari QUANDO IL PROFESSIONISTA **DEVE ESSERE NOMINATO** RESPONSABILE DEL TRATTAMENTO DEI DATI

di Stefano Bacchiocchi Rassegna di giurisprudenza 17

IMPUGNAZIONE DEL VERBALE DI CONCILIAZIONE SOTTOSCRITTO IN SEDE **SINDACALE**

di Bernardina Calafiori e Alessandro

REGOLARITÀ DURC – INVITO A REGOLARIZZARE - DM 30 GENNAIO 2015

di Bernardina Calafiori e Simone Brusa

IL COMMERCI@LISTA®

Piazza Vittorio Veneto - 13900 Biella Testata iscritta al Registro Stampa del Tribunale di Biella al n. 576 ISSN 2531-5250

© Tutti i diritti riservati

Direttore responsabile Domenico Calvelli

Redattore capo

Alfredo Mazzoccato

Redattore capo area lavoro

Cristina Costantino

Redattore capo area tributaria

Paolo Sella

Redattore capo area societaria

Roberto Cravero

Redattore capo area economia aziendale

Alberto Solazzi

Comitato di redazione area lavoro

Bruno Anastasio*, Paride Barani*, Maurizio Centra, Cristina Costantino*, Marialuisa De Cia*, Ermelindo Provenzani, Martina Riccardi, Marco Sambo*, Graziano Vezzoni*.

comitatoredazione@gruppoarealavoro.it *Redattore esecutivo

Redattori 2019

Pietro Aloisi Masella, Stefano Bacchiocchi, Simone Brusa, Paolo Busso, Bernardina Calafiori, Domenico Calvelli, Roldano Cesca, Giovanni Chiri, Emanuela Corbella, Luigi Andrea Cosattini, Alessandro D'Averio, Maria Luisa De Cia, Vittorio De Luca, Stefano Ferri, Luisella Fontanella, Paolo Galbusera, Riccardo Lari, Andrea Ottolina, Stefania Raviele, Giada Rossi, Matteo Sanfilippo, Paolo Soro, Graziano Vezzoni.

Gruppo Odcec Area lavoro

Comitato scientifico Consiglio Direttivo

Presidente

Cristina Costantino

Vicepresidente

Pietro Aloisi Masella

Consiglieri

Paride Barani, Giovanna D'Amico, Marialuisa De Cia, Isabella Marzola, Martina Riccardi, Marco Sambo, Graziano Vezzoni.

I contenuti ed i pareri espressi sono da considerarsi opinioni personali degli autori e debbono pertanto ritenersi estranei all'editore, al direttore, alla redazione ed agli organi della testata che, non ne sono in alcun modo responsabili. L'editore non ha alcun rapporto contrattuale con gli autori, che contribuiscono in forma del tutto liberale con l'invio occasionale di propri articoli o lavori.

La redazione si riserva di modificare e/o abbreviare. Poiché i contributi ed il lavoro di impaginazione sono effettuati su base volontaria, saranno sempre gradite segnalazioni di eventuali refusi o riferimenti inesatti.



COMITATO SCIENTIFICO



FONDAZIONE DEI DOTTORI **COMMERCIALISTI E DEGLI** ESPERTI CONTABILI DI **BIELLA**

Fondazione Italiana di Giuseconomia





Associazione Italiana Professionisti della Giustizia Tributaria



Affidavit Commercialisti®



rivista di cultura giuridica