

## Il Commerci@lista®

### lavoro e previdenza



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

anno VIII n. 9

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

Settembre/Ottobre 2019

In collaborazione con il COMITATO SCIENTIFICO GRUPPO ODCEC AREA LAVORO

## INQUADRAMENTO MARITTIMI INTRA-UE

di Paolo Soro\*

In un nostro recente contributo su questa stessa rivista, abbiamo avuto modo di analizzare l'inquadramento dei marittimi italiani all'estero (Il Commerci@lista Lavoro e Previdenza N. 4/2019: "Marittimi imbarcati su navi straniere"). Oggi esaminiamo una particolare ipotesi di lavoro marittimo prestato all'interno dell'UE, più precisamente quello che coinvolge contemporaneamente tre Paesi membri.

Di norma, il lavoro marittimo intra-UE coinvolgeva due governi:

- quello relativo alla nazionalità del datore di lavoro individuato in relazione alla bandiera della nave;
- quello corrispondente alla nazionalità dei lavoratori.

Attualmente, alcuni Paesi comunitari, per favorire lo sviluppo di questo particolare settore, hanno incrementato i vantaggi anche in termini di risparmio previdenziale. Per questo motivo sono sempre di più gli armatori che iscrivono le loro imbarcazioni nel Registro Navale di nazioni come Malta o Cipro. Si sono così venute a creare situazioni, per certi versi, finanche paradossali, per cui il gettonatissimo Lussemburgo (Stato senza mare) risulta avere nei propri registri navali una flotta commerciale che, ad oggi, risulta superiore a quella italiana.

Per capire la portata delle complicazioni dettate dalla presenza di tre differenti nazioni nella gestione dei rapporti di lavoro marittimo, si analizza il seguente caso:

- nazionalità del datore di lavoro: Italia;
- nazionalità dei marittimi: Polonia;
- nazionalità della nave (bandiera):
   Lussemburgo.

Come noto, il settore marittimo è soggetto a una disciplina speciale, le cui molteplici leggi di riferimento risultano talvolta fra loro contraddittorie. In ambito italiano, la locale normativa giuslavoristica va armonizzata con l'art. 114 del Codice della Navigazione che definisce "gente di mare" coloro che si imbarcano per svolgere attività a qualsiasi titolo e per qualsiasi mansione, quali gli addetti ai servizi portuali (piloti, lavoratori portuali, palombari in servizio locale, ormeggiatori, barcaioli) nonché gli impiegati nei cantieri navali (ingegneri navali, costruttori navali, maestri d'ascia, calafati etc.).

Per individuare correttamente gli impatti "tri-nazionale" oggetto del presente articolo, l'armonizzazione normativa deve tenere conto delle norme previste dal Paese di bandiera della nave e, da un punto di vista contrattuale internazionale, della MLC-2006 (Maritime Labour Convention) in funzione delle indicazioni fornite dall'ILO (International Labour Organization) nonchè dall'ITF (International Transport Workers' Federation) i cui contratti tipo non possono essere derogati dai governi appartenenti agli Stati firmatari.

La MLC-2006, ratificata in Italia dalla legge 113/2013, prevede obblighi di carattere generale in forza dei quali ogni Stato firmatario s'impegna a garantire il diritto di tutta la gente di mare a un impiego dignitoso e a cooperare per assicurare l'effettiva applicazione e il pieno rispetto della Convenzione (art. 1, c. 1 e 2). Per dare seguito a tali impegni, ogni nave alla quale si applica la Convenzione può essere soggetta a ispezione da parte di uno Stato membro diverso da quello dello Stato di bandiera quando si trova in uno dei suoi porti, questo allo scopo di verificare che la nave rispetti le prescrizioni della Convenzione. Ne consegue che ogni Stato membro esercita efficacemente la propria giurisdizione e il proprio controllo

sui servizi di reclutamento e collocamento della gente di mare eventualmente presenti sul territorio. Tale controllo consente a tutti gli Stati membri di verificare che le navi battenti la bandiera di qualsiasi Stato, che non abbia ratificato la Convenzione, non possano beneficiare di un trattamento più favorevole rispetto a quelle navi che battono la bandiera di uno Stato che l'ha ratificata.

In sostanza, il principio etico da rispettare è sempre quello in base al quale, indipendentemente dalla giurisdizione competente in materia previdenziale e/o fiscale, la gente di mare, per le condizioni normative e retributive che regolano il rapporto di lavoro, deve essere tutelata a livello internazionale dall'applicazione dei precetti previsti nel contratto ITF.

Delineati i contorni concernenti gli aspetti normativi del caso in esame, occorre ora determinarne i correlati obblighi contributivi. Al fine di conoscere le regole operative e i costi connessi con l'inquadramento previdenziale dei marittimi nella particolare fattispecie, è prioritario definirne la competente giurisdizione.

La normativa generale cui fare riferimento è il Regolamento (CEE) N. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971 (allegati inclusi), come successivamente integrato e modificato, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

Detto Regolamento prevede una norma generale in forza della quale la persona che esercita la sua attività professionale a bordo di una nave che batte bandiera di uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato (nel nostro caso il Lussemburgo). Tale norma, prevista per i lavoratori marittimi, è di fatto la regola generale valevole per ogni altro lavoratore dipendente. Infatti, la persona che esercita un'attività subordinata

nel territorio di uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato anche se risiede nel territorio di un altro Stato membro o se l'impresa o il datore di lavoro da cui dipende ha la propria sede o il proprio domicilio nel territorio di un altro Stato membro. Regola che, applicata al settore marittimo, determina la giurisdizione in funzione alla bandiera della nave, che, come noto, individua il territorio dello Stato a bordo della nave.

Esistono, peraltro, talune eccezioni indicate dal Regolamento che occorre vagliare.

Una prima clausola stabilisce che la persona cui cessi d'essere applicabile le legislazione di uno Stato membro, senza che a essa divenga applicabile la legislazione di un altro Stato membro, è soggetta alla legislazione dello Stato membro nel cui territorio risiede. Pertanto, se per qualsivoglia motivo (con riferimento al nostro caso: mutamenti dell'Ordinamento interno lussemburghese o relativo a specifici accordi tra il Lussemburgo e la Polonia) i marittimi polacchi non potessero avere diritto alla previdenza nel Gran Ducato, essi verrebbero automaticamente assoggettati alla legislazione del loro Paese. Non sarebbe, infatti, possibile che detti lavoratori rimanessero privi di tutela previdenziale. In tal senso, il Regolamento precisa:

in caso di due o più Stati membri, le autorità competenti di detti Stati o gli organismi designati da tali autorità possono prevedere di comune accordo, nell'interesse di determinate categorie di persone o di determinate persone, eccezioni alle disposizioni del presente Regolamento.

Una seconda importante previsione stabilisce che la persona che eserciti un'attività subordinata a bordo di una nave che batte bandiera di uno Stato membro (nel nostro caso il Lussemburgo) ed è retribuita per tale attività da un'impresa o da una persona avente la propria sede o il proprio domicilio nel territorio di un altro Stato membro (Italia), è soggetta alla legislazione di quest'ultimo Stato, purché vi risieda. Dunque, nel nostro caso, solo ed esclusivamente a patto che i marittimi risultassero residenti in Italia, stessi rientrerebbero nella specifica eccezione prevista dalla norma generale e non sarebbero più soggetti alla giurisdizione del Lussemburgo ma a quella italiana. Detta ultima previsione risulta particolarmente importante perché, in genere, si tende a considerare la competenza previdenziale della nazione di bandiera. In ambito intra-UE occorre viceversa avere riguardo alla residenza dei marittimi.

Tornando al nostro esempio, possiamo concludere che la giurisdizione previdenziale competente è quella del Lussemburgo, Paese di bandiera della nave.

Appare inoltre opportuno precisare che non si può eccepire un'eventuale doppia potestà legislativa, atteso che il diritto unionale prevede la necessità di assoggettare le persone che si spostano all'interno della Comunità al regime di sicurezza sociale di un unico Stato membro, in modo da evitare il sovrapporsi di legislazioni nazionali applicabili e le complicazioni che ne possono derivare, infatti "Le persone alle quali si applica il presente Regolamento sono soggette alla legislazione di un singolo Stato membro."

Tuttavia, allo scopo di garantire nel modo migliore la parità di trattamento di tutte le persone occupate nel territorio di uno Stato membro, la regola generale ha ritenuto opportuno stabilire che la legislazione applicabile sia quella dello Stato membro nel cui territorio l'interessato esercita la sua attività subordinata o autonoma (principio dello ius loci laboris).

A mero titolo informativo, ricordiamo che il regime di previdenza sociale lussemburghese include le seguenti prestazioni:

- malattia, maternità e assistenza a lungo termine;
- infortuni sul lavoro e malattie professionali;
- invalidità;
- vecchiaia e reversibilità;
- disoccupazione;
- familiari:
- indennità di prepensionamento.

A completamento della analisi, resta ora da valutare la competenza fiscale.

Per quanto attiene al datore di lavoro, il modello convenzionale OCSE stabilisce che gli utili derivanti dall'esercizio in traffico internazionale di navi, sono imponibili soltanto nello Stato in cui è situata la sede della direzione effettiva dell'impresa (nel nostro caso, Italia).

Riguardo ai dipendenti, la regola generale relativa al superamento dei 183 giorni nell'anno, ai fini dell'individuazione del luogo di produzione del reddito da lavoro subordinato, non si applica per i lavoratori marittimi a bordo di navi in traffico internazionale così come previsto da tutti i modelli convenzionali. Si precisa che, per "traffico internazionale" s'intende qualsiasi attività di trasporto effettuato per mezzo di una nave gestita da un'impresa la cui sede di direzione effettiva è situata in uno Stato

contraente, a eccezione del caso in cui la nave sia utilizzata esclusivamente tra località situate nell'altro Stato contraente.

Nell'esempio in esame, abbiamo ipotizzato che i marittimi risiedano in Polonia. Tale Stato adotta (come pure l'Italia) il noto World Wide Principle Taxation (principio della tassazione mondiale). Pertanto, i suoi residenti dichiarano in Polonia i redditi ovunque prodotti nel mondo, salvo la compensazione per le imposte eventualmente già versate nel Paese in cui i redditi esteri sono stati acquisiti. Sembrerebbe, dunque, che i marittimi polacchi debbano dichiarare i redditi e pagare le imposte in Polonia (aliquota: 18%). Ma per una risposta definitiva, è indispensabile verificare gli accordi fiscali internazionali in essere tra le tre giurisdizioni interessate.

Posto che la bandiera della nave dove i dipendenti prestano servizio è lussemburghese, il Lussemburgo è la nazione estera in cui viene svolto il lavoro da parte dei marittimi polacchi. È necessario, a questo punto, analizzare la convenzione contro le doppie imposizioni tra la Polonia e il Lussemburgo. Il trattato in parola stabilisce che:

"Le remunerazioni percepite in relazione a un lavoro subordinato svolto a bordo di navi in traffico internazionale, <u>sono imponibili</u> nello Stato Contraente nel quale è situata <u>la sede effettiva</u> dell'impresa."

In sostanza, Lussemburgo e Polonia concordano nel prevedere che i loro residenti marittimi che lavorano a bordo di navi in traffico internazionale, siano tassati esclusivamente nel Paese in cui ha la sede effettiva l'impresa / datore di lavoro. Nel caso in esame vuol dire che il reddito dei marittimi non potrà essere tassato né in Polonia, né in Lussemburgo, posto che la sede del datore di lavoro è in una terza nazione, cioè in Italia. Va sottolineato, però, che le convenzioni —

come dice il nome stesso – sono previste per evitare casi di doppia imposizione, non per consentire casi di doppia non-imposizione. Conseguentemente, la nostra analisi non può concludersi qui, ma necessita di essere ampliata tramite l'esame degli accordi bilaterali internazionali che interessano anche l'Italia.

Nello specifico, la convenzione Italia / Lussemburgo, in pedissequa applicazione della prima citata norma del modello convenzionale OCSE, stabilisce che gli utili derivanti dall'esercizio in traffico internazionale di navi siano imponibili soltanto nello Stato contraente in cui è situata

la sede della direzione effettiva dell'impresa (Italia). Da ciò deriva che è prevista la potestà impositiva esclusiva dello Stato italiano (Agenzia delle Entrate) che avrà ogni diritto di accertamento sull'attività stessa e potrà, conseguentemente, appurare nel contempo la corresponsione di salari (che concorrono alla formazione di quel reddito d'impresa da cui si ritraggono gli utili anzidetti) nei confronti dei marittimi residenti in Polonia.

Esaminando la convenzione Italia / Polonia al fine di identificare la corretta tassazione dei redditi in parola, emerge che il tenore letterale usato in detta seconda convenzione è differente da quello già visto a proposito del trattato tra il Lussemburgo e la Polonia per quanto attiene ai redditi di lavoro dipendente dei marittimi, infatti "Le remunerazioni percepite in relazione a un lavoro subordinato svolto a bordo di navi in traffico internazionale, possono essere tassate nello Stato contraente nel quale è situata la sede della direzione effettiva dell'impresa" (il c. d. place of effective management).

Orbene, come più volte illustrato dall'Agenzia delle Entrate (Circolare 304/1997; Circolare 41/2003) la locuzione "possono essere tassate" (in luogo di "sono imponibili") sta a indicare che entrambi i Paesi contraenti possono esercitare una potestà impositiva per tali redditi in capo ai propri residenti. In sostanza, nonostante la Convenzione, si verifica un concorso di pretese impositive in quanto entrambi gli Stati mantengono la loro potestà tributaria non esclusiva in relazione a quel reddito transnazionale. Tali interpretazioni sono state recentemente ribadite anche dalla Direzione Regionale Agenzia Entrate Campania con Interpello 914-134/2019, personalmente proposto da chi scrive. Pertanto, se la normativa interna recasse delle regole contrastanti con la convenzione, nella gerarchia delle fonti non vi sarebbe più una prevalenza della stessa convenzione sulla legge dello Stato. Vanno, allora, esaminate le disposizioni fiscali interne in merito alla tassazione del reddito di lavoro dipendente in capo a soggetti non residenti. La norma generale stabilisce una tassazione solamente nel caso in cui il reddito di lavoro dipendente sia "prestato nel territorio dello Stato" e non è questo il nostro caso, posto che il territorio di produzione del reddito di lavoro dipendente in parola corrisponde al Lussemburgo (bandiera della nave). Costituiscono eccezione solamente le indennità di fine rapporto e le pensioni se corrisposte da soggetti residenti nel territorio dello Stato.

La conclusione, analizzando la vicenda in ottica italiana, è che, seppure la convenzione prevede la possibilità di assoggettare a tassazione in Italia le retribuzioni erogate dal datore di lavoro nazionale ai marittimi polacchi, considerato che tali redditi di lavoro dipendente sono prodotti fuori dal territorio italiano, non esiste, al momento, una specifica previsione normativa tributaria interna che ne preveda la tassazione in Italia.

Da ciò ne consegue che i marittimi polacchi, per il reddito in argomento, potrebbero essere soggetti a tassazione soltanto nel loro Paese di residenza.

In estrema sintesi, se si ipotizza il caso di marittimi polacchi che prestano il loro lavoro a bordo di nave in traffico internazionale battente bandiera lussemburghese, di proprietà di un armatore italiano, si avranno le seguenti risultanze:

- 1) il rapporto di lavoro deve rispettare le regole normative e retributive fissate nel contratto internazionale (ITF), in osservanza della MLC-2006;
- 2) la potestà di controllo al riguardo compete alle autorità presenti in ogni porto in cui approda la nave;
- 3) la giurisdizione competente in materia contributiva è quella del Lussemburgo, Registro in cui risulta iscritta la nave (aliquota agevolata a carico del datore di lavoro pari al 10%, posto che i marittimi non risultano ivi residenti; controlli eseguiti dagli istituti lussemburghesi e tutela previdenziale garantita ai marittimi da tali enti in ossequio al Regolamento UE);
- 4) la tassazione sul reddito prodotto dalla società armatoriale avviene in Italia (aliquote ordinarie; controllo dell'Agenzia delle Entrate);
- 5) la tassazione sul reddito di lavoro dipendente percepito dai marittimi è in Polonia (aliquota 18%; obbligo del Common Reporting Standard Italia/ Polonia).

\*Odcec Roma



#### SOCI DI SOCIETÀ DI CAPITALI E PAGAMENTO DEI CONTRIBUTI ALLA GESTIONE IVS COMMERCIANTI: LA PAROLA ALLA CASSAZIONE

Stefano Ferri\*

Nelle ultime settimane sulla stampa specializzata e da parte della dottrina è stato approfonditamente esaminato il tema dei soci di società di capitali e l'obbligo di pagamento dei contributi nella Gestione IVS Commercianti; tale dibattito ha avuto origine dalla pubblicazione della ben nota Sentenza n. 21540 del 20 agosto 2019, molto commentata ed analizzata, in quanto fissa principi di rilevante portata. Vorrei però soffermare l'attenzione non sulla citata (e nota) pronuncia bensì su una Sentenza sempre della Suprema Corte e riguardante la medesima tematica, ma immediatamente successiva: la recentissima n. 23790 del 24 settembre 2019 che, per inciso, si riferisce ad una vicenda esaminata in primo grado dal Giudice del Lavoro di Reggio Emilia, quindi nel Foro ove esercito la professione. La controversia si riferisce all'individuazione della base imponibile sulla quale il lavoratore autonomo iscritto alla relativa gestione previdenziale, ma anche socio di società di capitale, deve calcolare il proprio debito contributivo; in sostanza se si debba tenere conto di tutti i redditi dal medesimo percepiti nel corso dell'anno di riferimento, ovvero se considerare solo i redditi connessi allo svolgimento di un'attività lavorativa.

La fattispecie è regolata dall'articolo 3-bis della legge 14 novembre 1992, n. 438, di concerto con la legge 2 agosto 1990, n. 233. Quale nota di colore segnalo che il soggetto in questione è socio di cinque società a responsabilità limitata che operano nel settore dei registratori fiscali di cassa, materia ben nota ai Commercialisti.

Il contenzioso nasce dalla richiesta dell'Inps socio di versare la contribuzione previdenziale IVS Commercianti calcolata tenendo conto, nella determinazione della base imponibile, anche dei redditi attribuiti dalla sua partecipazione alle cinque citate società a responsabilità limitata in proporzione alla quota di cui era titolare in ciascuna. A parere dell'Istituto, infatti, sono da ricomprendere nella base imponibile la "totalità dei redditi d'impresa", intendendosi in tale definizione tutti i redditi d'impresa, sia che derivino dalla partecipazione del

lavoratore autonomo a una società di persone che ad una società di capitali; negli scritti difensivi dell'Inps sovente si legge che i redditi da capitale e i dividendi costituiscono reddito a disposizione del lavoratore autonomo che ne migliorano il tenore di vita e che parteciperanno al miglioramento della prestazione pensionistica.

Per esaminare compiutamente la materia è necessario partire dal dato legislativo quindi, innanzitutto, dal già citato articolo 3-bis della legge 14 novembre 1992, n. 438 che testualmente prevede che "l'ammontare del contributo annuo dovuto per i soggetti di cui alla L. 2 agosto 1990, n. 233, art. 1, è rapportato alla totalità dei redditi d'impresa denunciati ai fini IRPEF per l'anno al quale i contributi stessi si riferiscono"; e al contempo rammentare l'articolo 1 (commi 202 e 203) della legge 662/1996 "L'obbligo di iscrizione nella gestione assicurativa degli esercenti attività commerciali di cui alla L. 22 luglio 1966, n. 613, e successive modificazioni ed integrazioni, sussiste per i soggetti che siano in possesso dei seguenti requisiti (...) partecipino personalmente al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza...". A questo punto abbiamo già individuato, limitandoci alle norme, il principale punto debole della tesi dell'Istituto: affinché vi sia, a carico del socio di società commerciale, l'obbligo contributivo nella gestione IVS Commercianti è necessaria la "partecipazione personale al lavoro aziendale"; non basta, di conseguenza, la sola maturazione di utili in proporzione alla propria partecipazione a società di capitali nella quale non si presta attività lavorativa.

É infatti anche costituzionalmente previsto che il reddito da capitale non fa scattare quei diritti (tra i quali quello alla pensione) che hanno protezione sociale diretta alla libertà dai bisogni.

In aderenza alla previsione normativa, l'obbligo assicurativo sorge nei confronti dei soci di società a responsabilità limitata esclusivamente qualora gli stessi partecipino al lavoro dell'azienda con carattere di abitualità e prevalenza; viceversa al socio che partecipi a società di capitali senza svolgervi attività prevalente ed abituale l'Inps non può imporre obbligo contributivo IVS.

La Sentenza citata assume grande importanza ed interesse anche quando affronta e dimostra l'infondatezza delle tesi dell'Istituto che vorrebbe trarre elementi in supporto delle propria posizione dalla nota Sentenza della Corte Costituzionale n. 354 del 2001; nella Sentenza n. 23790 del 24 settembre 2019 della Corte di Cassazione si legge testualmente: "Inoltre, contrariamente a quanto affermato dall'INPS, non possono trarsi elementi a sostegno della sua tesi dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 354 del 2001: invero, in tale sentenza, con la quale si è ritenuta non fondata la censura di legittimità costituzionale del D.L. 19 settembre 1992, n. 384, art. 3-bis, convertito, con modificazioni, nella L. 14 novembre 1992, n. 438 – concernente la sottoposizione a contribuzione INPS dei redditi denunciati ai fini IRPEF dal socio accomandante di società in accomandita semplice - sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., art. 38 Cost., comma 2, e art. 53 Cost., si è chiarito che la norma che sottopone a contribuzione INPS i redditi denunciati ai fini IRPEF dal socio accomandante di società in accomandita semplice, non introduce una discriminazione in danno di questi rispetto al socio di società di capitali. Infatti, ha aggiunto il giudice delle leggi, nell'ambito delle società in accomandita semplice (e in quelle in nome collettivo) assume preminente rilievo, a differenza delle società di capitali, l'elemento personale, in virtù di un collegamento inteso non come semplice apporto di ciascuno al capitale sociale, bensì quale legame tra più persone, in vista dello svolgimento di un'attività produttiva riferibile nei risultati a tutti coloro che hanno posto in essere il vicolo sociale, ivi compreso il socio accomandante. Ciò in quanto il reddito prodotto dalle società in accomandita semplice è reddito proprio del socio, realizzandosi, in virtù del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 5, come la stessa Corte

Costituzionale ha già avuto occasione di rilevare, sia pure agli specifici fini tributari, "l'immedesimazione" fra società partecipata e socio (ordinanza n. 53 del 2001)."

Viene di conseguenza confermato anche dalla Corte Costituzionale che, nell'ambito delle società in accomandita semplice, e per analogia nelle società in nome collettivo, assume determinante rilievo l'elemento personale, essendo queste realizzate per creare un legame tra più persone diretto allo svolgimento di un'attività produttiva i cui redditi saranno imputati a tutti coloro che hanno partecipato, compreso il socio accomandante; ben diversa è sotto questo punto di vista la società di capitali.

Alla luce di quanto esposto, la citata Sentenza n. 23790 del 24 settembre 2019 della Corte di Cassazione conclude confermando la decisione della Corte d'Appello di Bologna (e del Tribunale di Reggio Emilia in primo grado) che ha affermato che gli utili derivanti dall'essere socio di capitale di società di capitali, come nella fattispecie del ricorrente, non rientrano nella nozione di reddito di impresa di cui all'articolo 3-bis della legge 14 novembre 1992, n. 438 "atteso che gli stessi, per le ragioni sopra esposte, non afferiscono al reddito derivante da attività di impresa che dia titolo alla iscrizione alla Gestione commercianti."

La presente pronuncia, unitamente alla ben nota e già citata n. 21540 del 20 agosto 2019 sempre della Suprema Corte, costituiscono un'interpretazione determinante sulla materia e si auspica che l'Istituto, in ossequio alla giurisprudenza formatasi, eviti ulteriori provvedimenti di richiesta contributi ai soci di società di capitali nelle fattispecie indicate, onde evitare inutile contenzioso il cui esito in Cassazione appare scontato e negativo per l'Inps.

\*Odcec Reggio Emilia



#### LA "TENUTA" DEGLI ACCORDI DI PROSSIMITÀ IN SEDE GIUDIZIALE. PRIMI ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI CASSAZIONE NELLA SENTENZA DEL 22 LUGLIO 2019 N.19660

di Fabrizio De Angelis\*

Al di là delle varie questioni risolte dalla Corte nella sentenza del 22 luglio 2019 n.19660 in esame, desta particolare attenzione quella relativa alla possibilità, riconosciuta alla c.d. "contrattazione di prossimità", di derogare rispetto al diritto dei lavoratori al preavviso, nel caso di recesso dal rapporto di lavoro in condizioni di crisi aziendale.

Più in particolare, la Corte ha ritenuto legittimo l'accordo aziendale con il quale le parti sociali avevano previsto che, i lavoratori che, pur avendone i requisiti, non avessero aderito all'esodo incentivato - ove destinatari, nella successiva procedura di mobilità, di un provvedimento di licenziamento - non avrebbero avuto diritto a percepire l'indennità sostitutiva del preavviso come prevista dalla contrattazione collettiva.

L'Accordo di prossimità, esaminato dalla Corte, era stato sottoscritto richiamando l'art. 8, commi 1, 2 e 2-bis, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, come convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, norma che prevede la possibilità per i contratti collettivi di lavoro, sottoscritti anche a livello aziendale o territoriale, di realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori in deroga alla contrattazione collettiva nazionale di lavoro e alla legge.

Più in particolare, l'art. 8, comma 1, prima parte, indica la nozione di "contratto di prossimità" e specifica l'efficacia erga omnes dello stesso.

Sono tali quei contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda, ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti.

L'art. 8, comma 1, seconda parte, detta tassativamente le finalità che devono essere perseguite dalle specifiche intese le quali, in effetti, devono essere finalizzate a perseguire obiettivi di: maggiore occupazione, qualità dei contratti di lavoro, adozione di forme

di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, investimenti e avvio di nuove attività.

Il comma 2 dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011, lett. a)-d), e prima parte della lett. e), precisa i contenuti regolatori delle intese modificative le quali, dunque, possono riguardare la regolazione delle materie inerenti all'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento tassativo a: impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie; mansioni del lavoratore, classificazione inquadramento e personale; contratti a termine; contratti a orario ridotto, modulato o flessibile; regime della solidarietà negli appalti; casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; disciplina dell'orario di lavoro; modalità di assunzione; disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative o quelle etero-organizzate e le partite IVA; trasformazione e conversione dei contratti di

Nell'art. 8, comma 2, lett. e), seconda parte, invece, trova spazio la previsione normativa relativa alle conseguenze dei licenziamenti, laddove si prevede che le specifiche intese possono riguardare anche le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro.

Fanno però eccezione assoluta le ipotesi di cessazione del rapporto per: licenziamento discriminatorio, licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore, licenziamento in caso di adozione o affidamento.

É proprio rispetto a tale ultima ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro che si innesta la sentenza della cassazione di luglio scorso. Un arresto della Corte che certamente non lascerà indifferenti i giuridici di merito che nei prossimi mesi si dovranno confrontare con il diritto soggettivo dei lavoratori, destinatari dell'accordo prossimità, di contestare la validità delle clausole derogatorie peggiorative della contrattazione nazionale o della disciplina legale e di sottoporla al vaglio giudiziale di legittimità per violazione dei limiti previsti dall'art. 8.

Nel caso in esame, il lavoratore aveva impugnato, per violazione dell'art. 8 comma 2 bis del decreto legge, un accordo sottoscritto successivamente all'entrata in vigore della norma, con il quale un noto istituto di credito e le OO.SS avevano disciplinato le modalità di accesso all'esodo volontario al quale sarebbe poi seguita la procedura di licenziamento collettivo. Nel medesimo accordo era stato stabilito che l'azienda non avrebbe riconosciuto "alcun trattamento sostitutivo a titolo di mancata effettuazione del preavviso" per coloro i quali, non avendo aderito all'esodo volontario, sarebbero poi stati destinatari di un licenziamento nell'ambito della predetta procedura di mobilità.

Il medesimo Accordo era stato poi richiamato in tutte le sue proposizioni - ed anche nella previsione dell'esclusione dell'indennità sostitutiva del preavviso - da quelli che si erano poi succeduti nel tempo e da ultimo in quello raggiunto nell'ambito di una procedura di mobilità, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 223 del 1991, all'esito della quale la società ha comunicato al lavoratore il licenziamento.. In tale contesto, la Corte ha ritenuto che "sussistevano pertanto le condizioni, previste dalla citata norma, per derogare ed incidere sulle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro. La deroga, infatti, era stata introdotta proprio per far fronte a una ben nota situazione di crisi aziendale ed occupazionale. L'accordo derogatorio, trasfuso nell'accordo raggiunto nell'ambito della procedura di mobilità, non si pone in contrasto con principi dettati nella Carta Costituzionale né viola vincoli derivanti da normative comunitarie e da convenzioni internazionali sul lavoro (...)Si tratta, in definitiva, di una procedura che, pur recependo una clausola con la quale si è esclusa l'erogazione dell'indennità sostitutiva del preavviso, è stata, tuttavia, caratterizzata da una chiara indicazione dei requisiti per l'individuazione dei potenziali destinatari, il che ha consentito loro di valutare ed apprezzare i rischi delle scelte individualmente adottate. In sostanza l'Accordo con il quale è recepita la clausola si mantiene in quella prospettiva di maggior tutela dei lavoratori al fine di assicurare un minor costo sociale dell'operazione e di salvaguardare la prosecuzione dell'attività d'impresa e la relativa occupazione secondo le finalità cui è diretta la stessa legge n. 223 del 1991 (cfr. al riguardo CEISS. 03/11/2016 n. 22789).

La sentenza riapre così l'interessante dibattito dottrinale sorto all'indomani dell'introduzione della legge n. 148 del 2011 e del conseguente ampliamento della capacità derogatoria della contrattazione di

prossimità; uno strumento, questo, che non è stato esente da critiche da parte di chi ha visto nel suo utilizzo una sorte di grimaldello utile solo per scardinare il sistema di tutele dei lavoratori.

Di contro, la stessa contrattazione aziendale derogatoria è stata positivamente valutata come una coerente possibilità per flessibilizzare il mercato del lavoro attraverso la cooperazione delle parti sociali coinvolte, così come è accaduto anche all'indomani dell'introduzione del d.lgs n. 81 del 2015.

Insomma, certamente, una sentenza che costituisce uno spunto di riflessione su di un istituto al quale le imprese – e le parti sociali più in generale - guardano con la giusta attenzione, ma forse, a volte, ancora con eccessiva diffidenza.

Vi è da dire che da quando è stata introdotta la norma non sono certo mancate le contrapposizioni dottrinali sulla dirompente possibilità concessa alla contrattazione di prossimità di derogare (anche in peius) alla contrattazione nazionale, ma anche di introdurre deroghe alla disciplina legale del rapporto di lavoro, con una forza tale da esorbitare dal tradizionale confine della efficacia soggettiva della contrattazione collettiva.

Sebbene, le più rilevanti questioni sollevate dalla dottrina abbiano già superato, con valutazione di conformità, il giudizio di costituzionalità, con la sentenza della Corte Costituzionale del 4 ottobre 2012, n. 221, la formulazione stessa dell'art. 8 non rende esenti gli accordi di prossimità dal controllo giudiziale, stante la necessità di verificare il rispetto dei requisiti.

Un controllo che deve avvenire attraverso il vaglio giudiziario delle intese di prossimità stipulate dalle parti sociali, sia in ordine alla misura adottata in funzione dell'obiettivo prefissato in linea con le finalità previste dal comma 1, seconda parte, sia con riferimento al rispetto delle materie "inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione" indicate nel successivo secondo comma, sia infine rispetto ai principi costituzionali e delle convenzioni internazionali, così come previsto dal comma 2 bis.

Le parti sociali, ed i loro consulenti ed esperti, quindi, dovranno lavorare per delineare gli accordi di prossimità con particolare attenzione, non tralasciando di considerare ogni aspetto della normativa affinché l'intesa possa essere ritenuta legittima dai Giudici del Lavoro, in particolar modo quando siano stati previsti, come nella sentenza esaminata, accordi peggiorativi per i lavoratori.

\*Avvocato in Roma



# QUOTA "100" E STATO DI DISOCCUPAZIONE: DIMENTICANO I COMPENSI SPORTIVI DILETTANTISTICI?

di Maurizio Falcioni\*

Due recenti documenti di prassi di Anpal (Agenzia Nazionale Politiche Attive del Lavoro) e di Inps (Istituto Nazionale Previdenza Sociale) intervengono in maniera chiarificatrice sulle regole relative, rispettivamente, allo stato di disoccupazione dei lavoratori e con chiarimenti in materia di incumulabilità della "pensione quota 100", ma sembrano entrambe dimenticare la realtà dei compensi sportivi di cui all'art. 67 lett. m) del TUIR (d.p.r. 917/1986). Entriamo nel merito.

La circolare Inps 174 del 23/11/2017, in materia di compatibilità delle indennità di disoccupazione Naspi con alcune tipologie di attività lavorative e con alcune tipologie di reddito, al punto 1. ultimo capoverso, andava finalmente a precisare che relativamente ai premi ed ai compensi conseguiti per lo svolgimento di attività sportiva dilettantistica di cui alla lett. m) dell'art.67, gli stessi sono interamente cumulabili con l'indennità Naspi ed il beneficiario della prestazione non è tenuto ad effettuare all'INPS comunicazioni relative all'attività ed ai relativi compensi e premi.

Sdoganava definitivamente una situazione di dubbio su tale tipologia di reddito determinando una piena compatibilità (e senza indicazione di alcun limite di reddito) tra il reddito del compenso sportivo dilettantistico ex art.67 e la Naspi. Oltre alla compatibilità piena, i percettori di

compensi sportivi non hanno neppure l'obbligo di comunicare la DID (disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa) e di comunicare i relativi compensi e premi per le attività sportive svolte (obbligo invece a carico di chi svolge attività di lavoro subordinato, di collaborazione coordinata e continuativa o autonomo anche occasionale, oltre al rispetto dei limiti di reddito di € 8.145,00 annui per lavoro subordinato/cococo e di € 4.800,00 annui in caso di reddito di lavoro autonomo/ occasionale).

Anpal con la circolare 1 del 23/07/2019 interviene a dirimere e sanare una incoerenza createsi in merito al concetto di "stato di disoccupazione" dopo la pubblicazione del d.lgs 150/2015 (politiche attive del lavoro), del d.lgs 147/2017 (misure di contrasto alla povertà/reddito di inclusione) ed infine del d.l. 4/2019 (reddito di cittadinanza). La circolare specifica con precisione quando si realizza uno "stato di disoccupazione":

- sono tali i soggetti che rilasciano la DID e che alternativamente soddisfano uno dei seguenti requisiti:
  - a) non svolgono attività lavorativa sia di tipo subordinato che autonomo
  - b) sono lavoratori il cui reddito di lavoro dipendente o autonomo corrisponde ad una imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni spettanti ai sensi dell'art.13 del TUIR

Pertanto i soggetti che presentano i requisiti sopra richiesti sono in stato di disoccupazione e/o possono iscriversi e/o rimanere iscritti al collocamento ordinario e mirato (sia ai fini dell'accesso che del mantenimento dello stato di disoccupazione).

La circolare prosegue con l'indicazione delle attività che determinano la conservazione, sospensione e perdita dello stato di disoccupazione in caso di svolgimento di attività di lavoro: attività di lavoro subordinato anche di natura intermittente, attività di lavoro autonomo, tirocinio extracurriculare e lavori di pubblica utilità/ lavori socialmente utili, nonché le prestazioni occasionali di cui al d.l. 50/2017 (per intenderci i vecchi e più famosi "voucher" ora noti con l'acronimo p.r.e.s.t.o.). Al punto 3.2 interviene nel merito dello svolgimento di più attività lavorative di diversa tipologia, menzionando anche prestazioni di lavoro autonome occasionali, ma senza fare alcun riferimento alla tipologia di reddito dei compensi sportivi art. 67 lett m) del TUIR.

Dimenticanza? o Voluta dimenticanza? Delicata e rilevante la situazione perché l'Agenzia ha voluto, con detta circolare, mettere dei punti precisi allo status di disoccupazione dopo alcune disposizioni normative che avevano creato una serie di dubbi e criticità. Si ritiene quanto sopra derivi esclusivamente da una dimenticanza, ma rimane il fatto che "carta canta" e la disposizione di prassi non regolamenta il compenso sportivo! Ciò non toglie che la circolare Inps 174/2017 sia un punto ed un riferimento importante e riteniamo possibile affermare che l'Istituto, con detto documento, indirettamente riconosce lo stato di disoccupazione dello sportivo che percepisce il solo compenso ex art.67 lett. m) del TUIR, requisito necessario per accedere alla Naspi. Importante evidenziare questa situazione in considerazione del fatto che (dati CONI 2017) su circa 160.000 società/ associazioni affiliate a federazioni ed enti di promozione sociale, il numero di sportivi che possono rientrare nella casistica non è sicuramente irrilevante.

Anche "pensione quota 100" può interessare da vicino i percettori dei compensi sportivi dilettantistici art.67) lett. m) del TUIR; il comma 3 dell'art.14 del d.l. 4/2019 indica che la ... pensione quota 100 non è cumulabile, a far data dal primo giorno di decorrenza della pensione e fino alla maturazione dei requisiti per l'accesso alla pensione di vecchiaia, con i redditi da lavoro dipendente o autonomo, ad eccezione di quelli derivanti da lavoro autonomo occasionale, nei limiti di € 5.000,00 lordi annui. E questo è un passaggio fondamentale in quanto anche solo il fatto di percepire, in ambito di pensione quota 100, un solo €uro di reddito di lavoro di natura subordinata o autonomo, ne fa sospendere il diritto. Pertanto è indispensabile individuare i redditi di lavoro occasionale fino a € 5.000,00 che rientrano nella cumulabilità della pensione. Interviene così la circolare Inps n.117

Interviene così la circolare Inps n.117 del 9/8/2019 che va ad identificare quali sono i redditi derivanti da attività lavorativa occasionale, sempre cumulabili con pensione quota 100. Il documento usa il termine "lavoro occasionale" ma pur non entrando nel merito per spiegare cosa intende per lavoro occasionale, presenta un elenco tassativo di redditi che non rilevano ai fini della incumulabilità; tra gli altri ... indennità percepite per le trasferte e missioni fuori del territorio comunale, i rimborsi per spese di viaggio e di trasporto, spese di alloggio, spese di vitto che non concorrono a

formare il reddito imponibile ai sensi del TUIR. Riepiloghiamo:

- redditi di lavoro dipendente sempre non cumulabili (vale anche per collaborazioni coordinate e continuativa, anche se la disposizione non li menziona, in quanto sono assimilati a quelli di lavoro dipendente);
- redditi di lavoro autonomo (di impresa e d'opera) con posizione Iva aperta, non cumulabili;
- redditi da attività lavorativa autonoma (contratti d'opera ex art. 2222 Codice Civile) svolti in maniera occasionale, cumulabile nel limite di € 5.000,00 lordi annui;
- prestazioni sportive ex art.67) trattandosi di redditi "diversi", quindi una "tipologia di reddito" (l'ha scritto la citata circ. Inps 174/2017) diversa da quella di lavoro autonomo (anche occasionale), sono cumulabili, anche se superiori ad € 5.000,00;
- indennità di trasferta e rimborsi forfettari di spesa di cui all'art. 67 lett m) del TUIR, sono cumulabili anche per il fatto che non concorrono a formare il reddito imponibile ai sensi del TUIR.

Anche per questo argomento il fine è sollevare l'attenzione su una problematica che, se non valutata con attenzione, potrebbe determinare criticità non facilmente risolvibili.

\* Odcec Rimini articolo pubblicato su www.fiscosport.it newsletter 16/2019



# LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO E LICENZIAMENTO RITORSIVO: DIFFERENZE SOSTANZIALI E PROCESSUALI

di Paolo Galbusera\*

normalmente i Per quanto concetti di licenziamento discriminatorio e di licenziamento ritorsivo vengano trattati congiuntamente, quasi come se si trattasse della medesima fattispecie, è bene tenere a mente le differenze sostanziali che ci sono tra queste due tipologie di atto espulsivo, che pongono le proprie basi su fatti costitutivi totalmente differenti: il primo (licenziamento discriminatorio) ha come presupposto l'appartenenza del lavoratore ad una particolare categoria individuata dalla legge, il secondo invece (licenziamento ritorsivo) si fonda su di un comportamento legittimo del lavoratore che ha scatenato la reazione vendicativa del datore di lavoro.

reazione vendicativa del datore di lavoro. Tale distinzione trova il suo primo fondamento nel nuovo testo dell'art. 18 L. 300/1970, che al primo comma sanziona con la reintegrazione nel posto di lavoro innanzitutto il **licenziamento discriminatorio** per le ragioni di cui all'art. 3 L. 108/1990, ovvero perché intimato in violazione dei divieti posti a tutela della maternità dall'art. 54 del d.lgs. 151/2001.

Nello specifico, oltre al caso di violazione della tutela prevista dalla legge per la maternità, secondo il citato art. 3 L. 108/1990, è discriminatorio il licenziamento determinato esclusivamente da una delle ragioni indicate dal legislatore, anche comunitario: credo politico, fede religiosa, appartenenza ad un sindacato, razza, lingua, sesso, handicap, età, orientamento sessuale o convinzioni sessuale. Anche la giurisprudenza ha definito il licenziamento come discriminatorio quando la scelta del lavoratore da licenziare sia dettata da un'ingiustificata differenza di trattamento. che trova la propria ragion d'essere in una delle fattispecie discriminatorie contemplate dalla legge ed è quindi fondato sulla volontà di escludere dalla compagine sociale un soggetto per il solo fatto di una sua caratteristica personale (da ultimo Trib. Milano sent. dell'1.03.2019 est. Dr. Lombardi).

Alla categoria sostanzialmente chiusa della discriminatorietà, l'art. 18 co. 1 St. Lav. aggiunge una più generica ipotesi di nullità

per i licenziamenti indotti "da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del cod. cin.", categoria in cui viene normalmente ricompreso il c.d. licenziamento ritorsivo (altresì detto per motivo di rappresaglia), definito dalla giurisprudenza come ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito (Trib. Milano sent. del 4.06.2018 n. 1513 est. Dr. Scarzella).

Detto delle differenze sostanziali tra le due tipologie di licenziamento in esame, esse si differenziano anche dal punto di vista processuale e, in particolare, per il rispettivo regime probatorio.

Infatti, per quanto riguarda la discriminatorietà, l'onere probatorio in capo al lavoratore è stato fortemente attenuato dalla normativa introdotta in applicazione della Direttiva 2000/78/CE, in particolare dai d.lgs. 215 e 216 del 2003, poi confluiti nell'art. 28 del d.lgs. 150/2011 (richiamati altresì dall'art. 40 del d.lgs. 198/2006 - Codice delle Pari Opportunità): "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione".

In questo caso, quindi, se il lavoratore deduce la propria caratteristica personale oggetto di discriminazione ed è in grado di fornire elementi di fatto e dati di carattere statistico a sostegno della propria tesi, scatta una sorta di presunzione semplice ex art. 2729 cod. civ., con la conseguenza che diventa onere del datore di lavoro provare la non discriminatorietà del proprio comportamento. Tale principio concretizza sostanzialmente un alleggerimento dell'onere probatorio in capo al soggetto che lamenta di aver subito la discriminazione, il quale, di fatto, per provare la discriminazione subita, può ricorrere ad elementi presuntivi precisi e concordanti, e si fonda su quelli che sono i dettami espressamente previsti dalla normativa in materia di parità di trattamento e antidiscriminazione.

Nel caso del licenziamento ritorsivo, invece, secondo i principi fissati dall'unanime giurisprudenza, il regime probatorio è totalmente differente: in tema di provvedimento del datore di lavoro a carattere ritorsivo, l'onere della prova su tale natura

dell'atto grava sul lavoratore, potendo esso essere assolto con la dimostrazione di elementi specifici tali da far ritenere con sufficiente certezza l'intento di rappresaglia, il quale deve avere avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro.

E qui un'ulteriore differenza tra le due fattispecie: come visto, in caso licenziamento ritorsivo, l'intento di rappresaglia deve essere l'unico e determinante e pertanto l'esistenza di un giustificato motivo di licenziamento esclude tendenzialmente la ritorsività dello stesso. In caso di licenziamento discriminatorio, invece, la natura discriminatoria dello stesso non può essere esclusa dalla concorrenza di un'altra finalità, seppur legittima, quale ad es. il giustificato motivo oggettivo (principio espresso da Trib. Milano sent. del 27.7.2018 est. Dr. Perillo).

\* Avvocato in Milano - Galbusera& Partners www.galbuseraandpartners.com

#### MODELLI 231: L'AREA LAVORO NELLA PROGETTAZIONE E APPLICAZIONE

Di Massimiliano Dell'Unto\*

Nei primi mesi dell'anno ci sono stati due interessanti interventi su criticità e prospettive dei modelli organizzativi ex decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300". Il primo è un documento approvato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili; il secondo è un rapporto predisposto da Assonime. Entrambi, oltre al contributo pratico di chiarimenti operativi nell'applicazione della normativa, esprimono un pensiero trasversale ai soggetti coinvolti: sussistono ad oggi criticità normative e giurisprudenziali che ostacolano la diffusione dei modelli 231 per cui le imprese destinatarie ed i professionisti coinvolti nella loro progettazione e gestione li traducono come un mero aggravio di costi senza percepirne i benefici. Vengono quindi indicati una serie di interventi di possibile modifica alla normativa affinché questi modelli possano trovare nuovo appeal nel mondo imprenditoriale poiché la loro utilità non è assolutamente messa in dubbio.

Considerata la doglianza circa l'assenza di un comportamento proattivo dell'impresa verso il modello 231 risulta interessante una breve riflessione sul coinvolgimento dell'area di gestione del personale dipendente, con particolare attenzione alle dinamiche delle PMI

L'area lavoro riveste un ruolo fondamentale nel modello 231, come anche nella revisione legale, poiché se superiamo la visione semplicistica del dato numerico del budget del personale e dell'organico aziendale, essa nella sua accezione dinamica è il punto di partenza del sistema di controllo interno. Si tratta delle persone e dei rapporti gerarchici su cui si costruiscono le procedure aziendali ed i relativi controlli. Progettare, o ristrutturare, il sistema delle risorse umane aziendale affinché sia basato su dinamiche virtuose è da un lato beneficio autonomo per l'impresa ma allo stesso tempo è anche presupposto importante per un approccio proattivo verso l'inserimento dell'azienda nel contesto di modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/2001. Nella positiva convinzione che le osservazioni emerse nei primi mesi dell'anno circa gli interventi possibili per rilanciare lo strumento trovino una qualche traduzione nella normativa, occorre dare impulso nelle imprese a graduali evoluzioni dell'area lavoro affinché possano trovarsi preparate ad accogliere i massimi benefici quando anche il sistema normativo renderà per loro meno incerto il modello 231.

Il punto di partenza è sicuramente la definizione di un dettagliato organigramma. Questo strumento, se ben strutturato, è alla base della comprensione della struttura aziendale; da esso si ricavano dati numerici sull'organico aziendale, la collocazione gerarchica dei soggetti, la suddivisione delle business unit e la collocazione delle risorse al loro interno, l'eventuale distribuzione geografica dell'attività, la dinamica dei flussi informativi. L'organigramma impone all'interno dell'azienda la suddivisione dei compiti e delle responsabilità, definendo conseguentemente le procedure da seguire; mentre fornisce all'organismo di vigilanza la mappa sui cui riscontrare il funzionamento del controllo interno. Talvolta, se i processi produttivi sono ben delineati nel documento, il soggetto esterno è in grado anche di comprendere eventuali fenomeni di outsourcing e, in ottica modello 231, definire

la gestione con le parti terze.

La corretta rappresentazione della gerarchia aziendale dovrebbe permettere un'immediata individuazione dei soggetti in posizione apicale con particolare riferimento alle figure operanti in "unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale". In merito la normativa accenna ai direttori di stabilimento che però necessitano di attenta rappresentazione nell'organigramma e nelle procedure collegate poiché nelle realtà aziendali possono trovarsi varie connotazioni non necessariamente esonerate da direzione e vigilanza da parte di vertici superiori. L'inversione dell'onere della prova previsto all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 nel caso in cui il reato sia commesso da soggetti apicali deve far riflettere attentamente nella progettazione dei ruoli aziendali e nella rappresentazione in organigramma.

Nelle PMI riscontriamo frequentemente l'assenza totale di una minima formalizzazione dell'organigramma; la suddivisione dei ruoli la si evince da quanto riportato nei contratti di assunzione.

Si assiste quasi alla presenza di figure "mistiche", non necessariamente coincidenti con l'imprenditore, che ricoprono ruoli in maniera trasversale a tutto lo schema funzionale dell'azienda. In questi casi, il percorso di preparazione ad un'eventuale applicazione del modello 231 è sicuramente più impegnativo e graduale: la scrittura dell'organigramma va di pari passo alla diffusione di una cultura aziendale più evoluta. I benefici di questo atteggiamento però sono molteplici. Se l'implementazione di un modello organizzativo 231 può esser il traguardo più alto, l'impresa in tempi più rapidi acquisisce benefici in termini di applicazione del sistema disciplinare e di controllo di gestione.

Il substrato che l'impresa deve creare per potersi approcciare al meglio ai modelli 231 non può prescindere anche dalla formulazione di un organico sistema disciplinare in grado di recepire le norme legali e di contrattazione collettiva integrandole con le eventuali esigenze specifiche aziendali. L'implementazione di un proprio regolamento disciplinare progettato già per quanto possibile nell'ottica di una futura applicazione nell'ambito del modello organizzativo 231 può consentire al modello stesso di farlo proprio con minime variazioni. In questo modo, gli aspetti di aggiornamento della modulistica aziendale e le procedure di informazione e formazione inerenti il modello stesso si possono inserire su schemi funzionali già avviati riducendo sostanzialmente l'onere percepito dall'azienda per l'applicazione del modello 231.

In un necessario percorso evolutivo della cultura aziendale, che coinvolga necessariamente anche le PMI, il modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 rappresenta un traguardo ambizioso ma necessario. Uno dei compiti del professionista dell'area lavoro, anche in considerazione del ruolo sociale insito nella figura del Dottore Commercialista, è sicuramente quello di stimolare l'impresa nella modifica della cultura aziendale affinché possa comprendere e condividere un percorso che le dia gli strumenti, in questa sede abbiamo accennato a quelli dell'area lavoro, idonei ad un approccio non traumatico ai meccanismi di corporate governance e gestione dei rischi.

#### \* Odcec Pisa

- 1) "Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2011, n. 231", CNDCEC, Dicembre 2018.
- 2) "Prevenzione e governo del rischio di reato", Assonime, Note e Studi 5/2019.
- 3) Nell'ambito dell'evoluzione dell'interpretazione dei soggetti a cui è applicabile la normativa del D.Lgs n. 231/2001 si ricorda che la Corte di Cassazione, sentenza n. 15657, depositata il 21/04/2011, evidenzia come talune impresse individuali ricorrono ad un'organizzazione interna complessa tanto che è configurabile talvolta la responsabilità di soggetti diversi dall'imprenditore; ed il mancato riferimento alle impresse individuali nella normativa viene interpretato come una inclusione nei soggetti destinatari dei modelli
- 4) 'L'adozione di modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. 231/2001 e la disciplina aziendale" di Marco D'Orsogna Bucci, 09/02/2017.



#### LETTERA DI CONTESTAZIONE DISCIPLINARE E FALSITÀ DELLA FIRMA

di Cesca Roldano

La sentenza del Tribunale del Lavoro di Roma del 26/07/2019 n° 3888 contiene, tra le altre cose, una importante decisione circa la formulazione della contestazione di addebito al lavoratore.

Innanzitutto l'art. 7 comma 2 della legge 20 maggio 1970, n. 300 "Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento", Statuto dei lavoratori, impone al datore di lavoro di contestare preventivamente e per iscritto (fatto salvo il rimprovero verbale ovviamente) la mancanza disciplinare e di sentire a difesa il lavoratore. Soggetti legittimati a contestare gli addebiti, oltre al rappresentante legale/titolare dell'azienda, possono essere:

- il superiore gerarchico del lavoratore che, anche senza delega, rappresenta il datore di lavoro;
- chi si occupa dei trattamenti del personale in base all'organizzazione aziendale.

È comunque esclusa la necessità di un conferimento specifico di poteri da parte della proprietà per l'esercizio del potere disciplinare e, da ultimo, la procedura disciplinare può essere conclusa anche da persona diversa da chi ha contestato la mancanza disciplinare.

Detto ciò la sentenza in questione esamina il ricorso di un dipendente che veniva licenziato per giusta causa e questi chiedeva il ripristino del posto di lavoro, in particolare per violazione della procedura prevista dall'art. 7 della legge n. 300/70 a seguito dell'accertata e dichiarata falsità delle firme apposte alle lettere di contestazione disciplinare e quindi della loro inesistenza giuridica.

Il Giudice, tuttavia, ha respinto il ricorso in quanto ha ritenuto che tale vizio non compromettesse la validità del licenziamento, in quanto il datore di lavoro aveva successivamente ratificato gli effetti di tali atti, con efficacia retroattiva ed ai sensi dell'art. 1399 c.c., attraverso diversi e successivi comportamenti concludenti. Nello specifico si è ritenuto che i documenti muniti di firma falsa fossero comunque riferibili al datore di lavoro, oltre che indubbiamente provenienti dalla sfera giuridica dello stesso, ma si è soprattutto evidenziato come la successiva lettera di licenziamento fosse stata regolarmente firmata dal rappresentante

legale dell'azienda il quale si è poi costituito in giudizio nel processo instaurato dal lavoratore. Tali fatti, a parere del Giudice, hanno determinato l'avvenuta ratifica degli effetti dei documenti muniti di firma irregolare.

La sentenza ricorda inoltre come l'art. 1933 c.c., che prevede la possibilità di ratifica con effetto retroattivo, del contratto concluso dal soggetto privo del potere di rappresentanza, risulti applicabile in ugual modo ai negozi unilaterali come il licenziamento.

Quanto sopra può ritornare utile, anche se le firme in quanto tali devono essere originali.

\* Odcec Macerata e Camerino

#### IL TESTO UNICO DELLA SICUREZZA NEL TERZO SETTORE

di Sergio Vianello\*

La tutela dell'integrità psico-fisica dei lavoratori è un principio assoluto garantito dalla Costituzione; il Codice Civile, inoltre, all'art. 2087 obbliga l'imprenditore ad "adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro".

Grazie alla notevole elaborazione giurisprudenziale e all'evoluzione della normativa comunitaria, il diritto alla salute ha assunto un significato progressivamente più ampio, spostandosi dalla mera garanzia dell'incolumità fisica, sino ad un vero e proprio diritto ad un ambiente lavorativo sicuro e salubre: lavorare in sicurezza significa rispettare il lavoratore come persona mettendo in primo piano esigenze etiche spesso sottovalutate e garantire un sistema di lavoro in linea con le normative europee.

Nello specifico, l'art. 2 della legge 11 agosto 1991, n. 266 "Legge quadro sul volontariato", definisce l'attività di volontariato come quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà.

L'attività di volontariato non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario. Al volontario possono essere soltanto rimborsate dall'organizzazione di appartenenza le spese effettivamente sostenute per l'attività prestata, entro limiti preventivamente stabiliti dalle organizzazioni stesse.

La qualità di volontario è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte.

L'art 4 del Decreto 13 aprile 2011 "Disposizioni in attuazione dell'articolo 3, comma 3-bis, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro" definisce la differenza tra volontario "organizzato" e "non organizzato".

Il "volontariato non organizzato", è composto da persone che prestano un servizio gratuito e libero senza però essere formalmente associati ad uno dei soggetti disciplinati dalla legge n. 266/1991, che regolamenta le organizzazioni di volontariato (si pensi, per esempio, a tutti i collaboratori delle parrocchie, cioè a tutte quelle persone di "buona volontà" che, condividendo le finalità dell'ente, gratuitamente prestano il loro servizio in ambito parrocchiale).

Il "volontario organizzato" è quello che opera "...nelle cooperative sociali, agli appartenenti alle organizzazioni di protezione civile, della Croce Rossa Italiana, del corpo nazionale soccorso alpino e speleologico, ai corpi dei Vigili del Fuoco Volontari delle Province Autonome di Trento e di Bolzano e alla componente volontaria del Corpo Valdostano dei Vigili del Fuoco oggetto del decreto del 13 aprile ..." Per affrontare la problematica relativa al terzo settore, occorre però premettere e ricordare che la figura del lavoratore, in ordine all'applicazione delle disposizioni sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, deve essere inquadrata nella definizione di cui all'art. 2 comma 1 lettera a) del d.lgs. 9 aprile 2008 n.81 che definisce lavoratore la "persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari".

Tutto ciò soprattutto in relazione alla complementare nozione di datore di lavoro di cui alla lettera b) del medesimo articolo "... «datore di lavoro»: il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la

responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa. ..."; nonché a quella di azienda di cui alla successiva lettera c): "... «azienda»: il complesso della struttura organizzata dal datore di lavoro pubblico o privato; ..."

Le disposizioni contenute nel decreto legislativo 81/2008, in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, si applicano ai volontari, ma solo quelli definiti organizzati, in quanto intervengono in luoghi e/o ambienti comunque organizzati da un datore di lavoro.

Per i lavoratori con vincolo di subordinazione l'applicazione del Testo Unico è integrale, mentre l'art. 3, comma 12-bis del testo unico specifica che per i volontari nelle organizzazioni, *si applicano solo le disposizioni di cui all'articolo 21*<sup>1</sup> del presente decreto che prevede, come per i lavoratori autonomi cosi come definiti dall'art. 2222 c.c., per i componenti dell'impresa familiare (art. 230 bis c.c.) e per i piccoli imprenditori (art. 2083 c.c.) i seguenti obblighi:

- utilizzare attrezzature di lavoro e dispositivi di protezione individuale conformi alla nuova normativa;
- munirsi di dispositivi di protezione individuale ed utilizzarli conformemente alle disposizioni di legge;
- munirsi, in caso di appalto o subappalto, di apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le proprie generalità.

A detti soggetti è tuttavia riservata la facoltà, con oneri a proprio carico, di:

- beneficiare della sorveglianza sanitaria;
- partecipare a corsi di formazione specifici in materia di salute e sicurezza sul lavoro, incentrati sui rischi propri delle attività svolte.

Ai fini della corretta valutazione dei disposti legislativi, ai sensi della lettera g), articolo 4, i volontari non devono essere computati per la determinazione del numero di lavoratori, ove il decreto preveda particolari obblighi derivanti dal numero dei lavoratori (riunione periodica obbligatoria, prove d'evacuazione, elezione RLS, procedure semplificate per il dvr,...).

Il concetto di volontariato è assimilabile a quello del lavoro autonomo, che presuppone che non sussista vincolo di subordinazione<sup>2</sup> al datore di lavoro e pertanto senza i presupposti di assoggettamento, con l'obbligo di un determinato orario di lavoro più o meno flessibile ma comunque determinato.

La differenza del volontario rispetto al lavoratore autonomo è la retribuzione. Il lavoratore autonomo infatti svolge una prestazione professionale dietro compenso ben definito, il volontario invece presta la propria opera gratuitamente, in quanto possono essere soltanto rimborsate le spese vive effettivamente sostenute per l'attività prestata.

Sono esclusi dalle obbligazioni del d.lgs 81/08, tutti coloro che appartengono al mondo del "volontariato non organizzato", ovvero le persone che prestano un servizio gratuito e libero senza però essere formalmente associati ad uno dei soggetti disciplinati dalla legge sul volontariato.

Ciò non significa però che il titolare dell'attività di volontariato non sia comunque titolare di un obbligo di garanzia, ad esempio in relazione alla conservazione delle parti comuni dell'edificio, infatti, con riguardo al reato colposo per condotta omissiva, la sua responsabilità va considerata e risolta nell'ambito dell'art. 40 del codice penale, secondo cui «non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo». L'affermazione della colpevolezza di tale soggetto presuppone sia l'individuazione della condotta in concreto esigibile in relazione alla predetta posizione di garanzia, sia l'accertamento che, una volta posta in essere tale condotta, l'evento lesivo non si sarebbe verificato.

La responsabilità del titolare delle organizzazioni di volontariato è comunque a favore di chiunque a qualsiasi titolo acceda ai luoghi in sua disponibilità giuridica e quindi anche nei confronti di volontari non organizzati; la responsabilità deve essere correlata non solo agli obblighi specifici di sicurezza a tutela delle attività organizzate, ma anche agli obblighi generali di non esporre chicchessia a rischi generici o ambientali.

Una sentenza significativa è quella della Corte di Cassazione Penale Sezione IV che con sentenza n. 6408 del 11 febbraio 2019 stabilisce che il Parroco assume una posizione di garanzia nei confronti di chi, anche volontariamente, effettua dei lavori all'interno della sua chiesa per cui è responsabile per l'infortunio di un lavoratore caduto da una scala durante i lavori di pitturazione.

Altra sentenza dalla quale discende un

importante indicazione è quella della Cassazione Penale Sez. IV - Sentenza n. 7730 del 20 febbraio 2008, con la quale il parroco è stato condannato per reato di lesioni colpose aggravate, in quanto:

- " ... le norme di prevenzione degli infortuni si applicano anche nel caso di prestatori d'opera volontari assumendo la persona per conto della quale gli stessi operano una posizione di garanzia nei loro confronti specie se vengono poste a disposizione degli stessi attrezzature di lavoro che risultano irregolari."
- " ... l'approntamento di misure di sicurezza e quindi il rispetto delle norme antinfortunistiche esula dalla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, essendo stata riconosciuta la tutela anche in fattispecie di lavoro prestato per amicizia, per riconoscenza o comunque in situazione diversa dalla prestazione del lavoratore subordinato, purché detta prestazione sia stata effettuata in un ambiente che possa definirsi di lavoro".

Ma non sono solo i Parroci che assumono la posizione di garanzia nei confronti dei volontari; con la sentenza della Cassazione Penale, Sez. 4, 22 novembre 2013, n. 46782, per l'infortunio mortale di un volontario, è stato condannato il comandante della polizia municipale e capo della protezione civile del comune che ha esercitato poteri direttivi di fatto (art. 299 d.lgs. 81/08).

Importante rilevare che chi riveste la posizione di titolare dell'associazione, che questa sia organizzata o non, deve tutelare l'incolumità non solo di coloro che quasi quotidianamente o anche solo occasionalmente prestano attività lavorative all'interno dei locali o nelle pertinenze, ma anche delle imprese appaltatrici, dei lavoratori autonomi e dei terzi che accedono a diverso titolo alle parti comuni.

\* Ordine degli Ingegneri Milano - Osservatore esterno commissione lavoro ODCEC Milano

1)Disposizioni relative ai componenti dell'impresa familiare di cui all'articolo 230-bis del Codice civile e ai lavoratori autonomi 2)Un lavoratore è da considerarsi subordinato se esiste assoggettamento con:

- la continuità della prestazione con il luogo di lavoro;
- l'obbligo di un determinato orario di lavoro più o meno flessibile, ma comunque determinato;
- una retribuzione anch'essa fissa e determinata; l'assenza di rischio per il lavoratore.



#### IL CONTROLLO DEI DIPENDENTI ALLA LUCE DELLE ULTIME INTERPRETAZIONI

di Stefano Bacchiocchi\*

Il regolamento generale sulla protezione dei dati GDPR non prevede norme specifiche riguardanti il rapporto di lavoro. Ciononostante, i professionisti che si occupano della materia del lavoro ben sanno quanto questa norma abbia impattato non solo sull'organizzazione dello studio ma anche sulle responsabilità (anche penali) che ne derivano.

La normativa è relativamente recente (entrata in vigore solo nel maggio 2018) e quindi si rende necessario un coordinamento costante e non sempre agevole con l'impianto legislativo già esistente; non ultimo lo Statuto dei Lavoratori (L. n. 300/1970) che ha individuato quale principio fondamentale, indipendentemente dal tipo di contratto applicato, il rispetto della vita privata e della dignità del lavoratore.

Sta a noi professionisti, quindi, provare a coordinare il nuovo GDPR con la normativa già presente in materia di lavoro.

In altri articoli su questa stessa rivista, abbiamo già affrontato molti aspetti della normativa privacy; questa volta ci concentreremo sui controlli del lavoratore alla luce delle nuove indicazioni pervenute da più parti in questi mesi.

Come è noto, il GDPR enuncia principi generali, più che elencazioni puntuali; il che rende la normativa estremamente fluida e soggetta ad interpretazioni.

Anche i datori di lavoro quindi dovranno prendere coscienza (se non loro, almeno i loro consulenti) di concetti come: principio di accountability, principio di proporzionalità ecc. anche nella pianificazione del lavoro e dei controlli interni ed esterni alle aziende.

La tecnologia, in questo senso, è un'arma formidabile ma a doppio taglio, se pensiamo alle nuove modalità di controllo permesse dall'Internet of things, ai GPS, alle smart cam, ai dispositivi indossabili, badge elettronici, lettori di impronte ecc. poiché la facilità di utilizzo e la pervasività dei potenziali controlli mal si coordinano con la normativa privacy vigente; inoltre, la velocità di introduzione di queste tecnologie necessita interpretazioni da parte degli organi istituzionali preposti che non sempre arrivano con celerità.

È quindi chiara la necessita dell'adozione di misure preventive volte alla protezione della riservatezza dei dati dei lavoratori, predisponendo anche delle valutazioni di impatto del trattamento che abbiano ad oggetto il bilanciamento degli interessi in gioco: da un lato, il diritto del datore di lavoro di ottenere una prestazione lavorativa per la quale sta elargendo uno stipendio, dall'altra, il diritto del lavoratore alla dignità, alla libertà personale e, più in generale, alla privacy e protezione dei dati personali.

Ricordo ancora come il GDPR non distingua dal grado di subordinazione o dalla tipologia contrattuale del lavoratore; infatti si rivolge in maniera simile sia ai lavoratori dipendenti sia a quelli autonomi.

Il datore di lavoro può legittimamente porre in essere il controllo dei dipendenti in forza dei diritti e doveri insiti nell'esecuzione di obblighi derivanti da un contratto di lavoro, e, ovviamente, nell'adempimento delle obbligazioni previste nell'interesse legittimo del datore.

Al contrario di quanto il datore di lavoro talvolta si aspetta (spesso il sentire comune non è coerente con quanto previsto dal GDPR) il consenso non è fonte di liceità del trattamento: quindi a nulla valgono i semplici "accordi" presi tra datore di lavoro e lavoratore.

Anche nel caso i controlli attivati siano legittimi sotto il piano della corrispondenza alle norme di legge, non è detto siano comunque aderenti ai dettati del GDPR: bisogna, infatti, valutare preventivamente la necessità e la proporzionalità del trattamento in essere ed adottare le misure di sicurezza, redigendo, quando obbligatorio, anche una valutazione di impatto del trattamento.

Si ricorda che, in base a questi principi, è imposto al datore di lavoro l'onere di provare anche l'insussistenza di strumenti meno invasivi per il raggiungimento delle finalità del trattamento; in altre parole, non tutto ciò che si può mettere tecnicamente in atto è legittimo e aderente alle prescrizioni del regolamento privacy.

Ad esempio: la possibilità tecnica di rilevare le impronte digitali e gli spostamenti dei dipendenti non è un motivo di per sé sufficiente al fatto di porli in essere, sproporzionato alle finalità e agli scopi prefissati.

Il panorama dei controlli possibili è infinito; proveremo qui a definire alcuni casi tipici al fine di definire le linee guida base per un trattamento corretto.

Un caso tipico sono i dati presenti nei vari social media: il datore di lavoro può trattare i dati dei lavoratori presenti sui loro profili solo quando tali profili siano utilizzati dagli interessati per finalità lavorative e non personali; anche in tale circostanza, il datore di lavoro dovrà informare il lavoratore del trattamento dei suoi dati personali.

Un altro esempio è il trattamento dati personali dei lavoratori relativi all'utilizzo della loro strumentazione informatica (es.: e-mail, telefonate, smartphone ecc.): buone pratiche previste dalle prassi sono la predisposizione di un elenco di siti in cui la navigazione è vietata, la predisposizione di un apposito regolamento per l'uso della strumentazione ecc.

È stato dichiarato illegittimo invece il monitoraggio dei movimenti del mouse e l'utilizzo di webcam, in quanto sono eccessive rispetto alle finalità perseguite.



# DK PAGHE. UN SOFTWARE PER DUE.

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



Il controllo degli smartphone sarà sempre più utilizzato a causa dell'utilizzo capillare e personale dei device.

Oramai tutti i principali sistemi operativi permettono al datore di lavoro di gestire da remoto i dispositivi mobili affidati ai lavoratori. In questo caso si consiglia di redigere una DPIA (Data Protection Impact Assessment) prima dell'inizio del trattamento, al fine di verificare la necessità del trattamento rispetto alle finalità perseguite e garantire il rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà. Gli strumenti utilizzati dal datore di lavoro al fine di monitorare lo stato di salute e l'attività fisica dei propri lavoratori, spesso anche al di fuori dell'ambiente di lavoro, consentono al datore di raccogliere dati particolari (ex sensibili) degli interessati; potrebbe quindi essere illegittimo fornire ai dipendenti dei device indossabili, che controllino la salute del lavoratore (es. battiti cardiaci ecc.), a meno che i dati raccolti possono essere trattati solo dai diretti interessati e non dal datore di lavoro.

Alcuni strumenti aziendali utilizzati dal datore di lavoro per finalità del tutto legittime possono comportare l'indiretto monitoraggio dei lavoratori nel luogo di lavoro (si pensi, ad esempio, alla rilevazione dei dati biometrici dei lavoratori, per monitorare l'accesso), per poter essere effettuati nel rispetto della normativa vigente, devono essere preceduti da una idonea informativa. Anche in questo caso è opportuno far precedere l'installazione del sistema da una valutazione in merito alla proporzionalità di tale implementazione: potrebbe essere illegittimo l'utilizzo dei dati biometrici, in sostituzione del semplice badge aziendale, per quei lavoratori che non trattano dati particolari in aree sensibili.

L'utilizzo delle tecnologie che consentono il video monitoraggio dei lavoratori (es.: monitoraggio facciale mediante la videocamera dello smartphone affidato ai lavoratori) è illecito, in quanto sproporzionato rispetto alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli interessati.

In particolare, sulla videosorveglianza è intervenuta recentemente una sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo che giustifica in parte, l'utilizzo di telecamere nascoste; si conferma però l'utilizzo del principio di proporzionalità come requisito essenziale.

Le telecamere nascoste sul luogo di lavoro, quindi, possono essere utilizzate quando ricorrano determinati presupposti: ad esempio, quando esistano fondati e ragionevoli sospetti di furti commessi dai lavoratori ai danni del patrimonio aziendale; l'area oggetto di ripresa sia circoscritta; le videocamere siano in funzione per un periodo temporale limitato; quando non sia possibile ricorrere a mezzi alternativi; quando le immagini captate siano utilizzate soltanto a fini di prova dei furti commessi (si consiglia di coordinarsi anche con le autorità preposte). La videosorveglianza occulta è, dunque, ammessa solo a fronte di gravi fatti illeciti e non può diventare una prassi.

Un altro tema molto in voga nel settore della logistica, ma non solo, è la geolocalizzazione dei veicoli: se è effettuata al solo fine di monitorare il comportamento dei lavoratori, è illecita; se il trattamento è effettuato invece per il perseguimento di finalità legittime, ad esempio la tutela della sicurezza dei veicoli o per la pianificazione delle attività lavorative, risulta lecito.

In ogni caso, si suggerisce di evidenziare all'interno dei veicoli una informativa privacy che avvisi dell'utilizzo del sistema di geolocalizzazione; si consiglia comunque di effettuare una analisi preventiva che preveda la possibilità di disattivare il sistema nei casi in cui il veicolo sia utilizzato per finalità private.

Come visto, le nuove tecnologie avanzano velocemente e talvolta il confine tra pianificazione delle attività, tutela del patrimonio e controllo illegittimo è sempre più sottile.

Le sanzioni anche in questo caso sono importanti e prevedono l'applicazione di più normative: della sicurezza sul lavoro, della tutela del patrimonio, dei rapporti di lavoro, sulla privacy, sulla protezione e la sicurezza dei dati ecc., è opportuno quindi confrontarsi con professionisti esperti e non affidarsi ciecamente agli installatori che potrebbero non avere le competenze necessarie (né l'interesse) a gestire questo tipo di fenomeni. Inoltre, poiché solitamente i primi a conoscere l'implementazione di questi strumenti sono proprio i nostri studi professionali, c'è la necessità di porre in essere i corretti adempimenti tempestivamente e competenza.

Consiglio, quindi, eventualmente di attivare delle consulenze specifiche con esperti del settore (es. consigliare la nomina di un DPO), al fine di scongiurare sanzioni, eccessiva burocratizzazione e danni sia a carico del cliente sia dei nostri studi professionali.

\*Odcec Brescia

#### Rassegna di giurisprudenza

#### LICENZIAMENTO PER SUPERAMENTO PERIODO DI COMPORTO

di Bernardina Calafiori\* e Alessandro Daverio\*

#### Ordinanza Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 11 agosto 2019, n. 20012

Licenziamento - nullità - periodo di comporto malattia - obbligo preavviso da parte del datore di lavoro - necessità

Un dipendente di un'Azienda del settore della Grande Distribuzione veniva licenziato per il superamento del periodo di comporto previsto dalla contrattazione collettiva.

A seguito della comunicazione impugnava davanti al Tribunale il provvedimento, ritenendolo illegittimo poiché, a suo dire, il datore di lavoro non gli avrebbe comunicato l'imminente scadenza del periodo di comporto chiedendo per questo motivo la reintegrazione nel posto di lavoro.

Come noto, il periodo di comporto è il numero di giorni continuativi di malattia, indicati solitamente nei contratti collettivi nazionali di settore, decorso il quale, il datore di lavoro ha la facoltà, ai sensi dell'art. 2110, comma 2 c.c., di recedere *ad nutum* dal rapporto di lavoro.

La Giurisprudenza ritiene in larga parte che il datore di lavoro possa senza ulteriore indugio procedere al licenziamento non appena decorsi i giorni previsti dalla contrattazione collettiva e che non possa ritenersi sussistente a suo carico un generale obbligo di comunicazione della prossimità della scadenza del periodo di conservazione del posto, neanche quale declinazione degli obblighi generali di buona fede e correttezza (Cass. civ. sez. lav. 28 giugno 2006, n. 14891).

Tuttavia la sentenza in commento ha ritenuto di compiere un percorso argomentativo differente e giungere a conclusioni difformi.

Il Tribunale ha infatti ritenuto che dovessero considerarsi la natura della patologia che aveva afflitto il lavoratore; detta natura era – afferma la sentenza – nota all'Azienda anche successivamente alle visite ex d.lgs. 81/2008 (T.U. delle Leggi in Materia di Sicurezza sul Lavoro) e si trattava di complicanze riconducibili al diabete congenito da cui era affetto il lavoratore.

La gravità della patologia in questione poneva

il dipendente in situazione di "minorata difesa". Pertanto detta situazione avrebbe fatto sorgere diversi obblighi anche in capo al datore di lavoro.

Alla luce di questa considerazione il Tribunale ha tratto diverse conclusioni.

«In accordo con gli approdi di maggiore "sensibilità" per il lavoratore malato a cui è giunta la giurisprudenza di merito, la società [...] avrebbe dovuto comportarsi in maniera diversa e consona ai principi civilistici di correttezza e buona fede ex art. 1175 c.c. e ai più generali principi di solidarietà sociale ex art 2 Costituzione, che impongono di cooperare attivamente al fine del soddisfacimento dell'interesse della propria controparte contrattuale, con il limite dell'apprezzabile sacrificio»

In particolare l'ordinanza ha statuito che: «se è vero che generalmente non vi è l'obbligo per il datore di comunicare l'appropinquarsi della scadenza del comporto al lavoratore malato, vi sono delle fattispecie particolarmente gravi, in cui la comunicazione datoriale è sicuramente meno gravosa rispetto al dovere di attivarsi per chiedere informazioni da parte del lavoratore gravemente ammalato. Infatti, occorre distinguere i casi in cui vi sia una malattia per così dire "comune", cioè dalla prognosi sicuramente fausta, facilmente guaribile ed anche in tempi brevi, e dalla convalescenza non invalidante, da quelli di estrema gravità, in cui le condizioni di integrità psicofisica del lavoratore siano particolarmente critiche come nel caso di specie, in cui non vi è dubbio che la salute del ricorrente fosse seriamente compromessa -, caratterizzate da una prognosi non sicuramente fausta e da una convalescenza lunga e suscettibile di complicanze molto pericolose».

L'ordinanza in commento ha ritenuto inoltre decisivo onde valutare la violazione dei principi di buona fede e correttezza la circostanza che l'Azienda non abbia comunicato al dipendente la vicina scadenza del periodo di comporto in quanto questi avrebbe potuto usufruire - a sua esclusiva richiesta - di un ulteriore periodo di aspettativa non retribuita successivo rispetto al comporto.

#### APPALTO GENUINO E INTERPOSIZIONE ILLECITA DI MANODOPERA

di Bernardina Calafiori\* e Simone Brusa\*

Tribunale di Padova, sentenza n. 550 del 16 luglio 2019

Tra gli indici rivelatori della differenza tra un appalto genuino e un'interposizione illecita di manodopera rientra anche il software attraverso il quale il committente gestisce l'operatività dei dipendenti della società fornitrice del servizio.

La sentenza in epigrafe ha affrontato il ricorso presentato da alcuni dipendenti di una cooperativa che, all'interno di un Consorzio, eseguiva un appalto per il prelievo e l'organizzazione della merce.

I lavoratori della cooperativa rivendicavano un rapporto di lavoro alle dirette dipendenze del committente (il Consorzio), la conseguente applicazione del ccnl Terziario al loro rapporto di lavoro (essendo questo il contratto collettivo applicato dal Consorzio ai propri dipendenti) e, considerato il miglior trattamento previsto dal ccnl richiesto, chiedevano anche la condanna della committente al pagamento delle relative differenze retributive.

A fondamento della propria domanda, i dipendenti deducevano che era il Consorzio ad esercitare l'effettivo potere direttivo e di controllo nei loro confronti. In particolare, per l'esercizio delle loro mansioni i lavoratori utilizzavano un lettore ottico "su cui compariva l'ordine da effettuare e...indicava ai lavoratori lo scaffale ove riporre la merce" ed un sistema di cuffie e microfono tramite cui il prestatore doveva comunicare ad un operatore automatico le operazioni svolte e tali strumenti di lavoro erano di proprietà del Committente.

Il Consorzio sosteneva la legittimità dell'appalto in quanto l'organizzazione del lavoro dei dipendenti della cooperativa era affidata a responsabili della stessa e, con riferimento al lettore ottico, sosteneva che il codice identificativo del singolo lavoratore era assegnato dalla cooperativa.

Nel caso in esame il Giudice affermava che, al fine di verificare la legittimità dell'appalto, "la questione centrale è se la cooperativa esercitava un potere datoriale autonomo ovvero svolgeva una funzione di controllo non dissimile da quella che può svolgere un capo reparto, privo di discrezionalità, essendo i ritmi e le modalità di lavoro dettati dalla committente". Il Giudice evidenziava altresì che tale valutazione doveva anche tener conto della "evoluzione tecnologica che ha in molti settori reso obsoleta la relazione da superiore a subordinato, rimettendo alle macchine di guidare il processo produttivo".

Il Giudice accertava quindi che:

1. il responsabile del magazzino (dipendente

- del Consorzio) esercitiva sui responsabili della cooperativa un "controllo specifico e puntuale che andava oltre la predisposizione di direttive generali sull'esecuzione dell'appalto";
- il software (lettore ottico e microfono) di proprietà del Consorzio "registrava le singole operazioni dei lavoratori";
- la raccolta di dati inerenti le operazioni compiute dai singoli lavoratori era valorizzata come un "potenziale controllo a distanza" degli stessi da parte del Committente;
- i richiami dei titolari della cooperativa ai dipendenti erano legati con "sospetta coincidenza temporale" ai colloqui tra dei titolari con il preposto del Consorzio.

Su tali presupposti, il Tribunale di Padova accoglieva il ricorso dei lavoratori, dichiarandoli dipendenti della società committente con conseguente condanna delle stessa al pagamento delle differenze retributive dovute.

\* Avvocato Studio Legale Daverio & Florio (studiolegale@daverioflorio.com)





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

www.daverioflorio.com



www.rossignol.com





**INDICE** Articolo pag INQUADRAMENTO MARITTIMI INTRA-UE di Paolo Soro SOCI DI SOCIETÀ DI 3 CAPITALI E PAGAMENTO DEI CONTRIBUTI ALLA GESTIONE IVS COMMERCIANTI: LA PAROLA ALLA CASSAZIONE Stefano Ferri LA "TENUTA" DEGLI ACCORDI DI PROSSIMITÀ IN SEDE GIUDIZIALE. PRIMI ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI CASSAZIONE NELLA SENTENZA DEL 22 LUGLIO 2019 N.19660 di Fabrizio De Angelis QUOTA "100" E STATO 6 DI DISOCCUPAZIONE: DIMENTICANO I COMPENSI SPORTIVI DILETTANTISTICI? di Maurizio Falcioni LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO E LICENZIAMENTO RITORSIVO: DIFFERENZE SOSTANZIALI E PROCESSUALI di Paolo Galbusera MODELLI 231: L'AREA LAVORO NELLA PROGETTAZIONE E APPLICAZIONE Di Massimiliano Dell'Unto LETTERA DI CONTESTAZIONE DISCIPLINARE E FALSITÀ **DELLA FIRMA** di Cesca Roldano IL TESTO UNICO DELLA 10 SICUREZZA NEL TERZO SETTORE

di Sergio Vianello

IL CONTROLLO DEI DIPENDENTI ALLA LUCE DELLE ULTIME INTERPRETAZIONI

di Stefano Bacchiocchi

Rassegna di giurisprudenza 13
LICENZIAMENTO PER
SUPERAMENTO PERIODO DI
COMPORTO

di Bernardina Calafiori e Alessandro Daverio

APPALTO GENUINO E INTERPOSIZIONE ILLECITA DI MANODOPERA

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

D 1 ... . . . .

Redattore capo area tributaria Paolo Sella

1 aoio scha

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, Piergiorgio Baroldi, Monica Bernardi, Simone Brusa, Paolo Busso, Bernardina Calafiori, Domenico Calvelli, Roldano Cesca, Giovanni Chiri, Giuseppe Colucci, Emanuela Corbella, Luigi Andrea Cosattini, D'Averio, Alessandro Fabrizio Angelis, Maria Luisa De Cia, Massimiliano Dell'Unto, Vittorio De Luca, Maurizio Falcioni, Stefano Ferri, Luisella Fontanella, Paolo Galbusera, Riccardo Lari, Andrea Ottolina, Stefania Raviele, Giada Rossi, Matteo Sanfilippo, Paolo Soro, Graziano Vezzoni, Sergio Vianello.

#### Gruppo Odcec Area lavoro

Comitato scientifico Consiglio Direttivo

Presidente

11

14

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

tuertae con travio occasionate di propri articul 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