

NEWSLETTER LAVORO

2
2016

All'interno:

- le “nuove” collaborazioni organizzate dal committente alla luce delle istruzioni ministeriali al personale ispettivo
- la nuova procedura per le dimissioni in vigore dal 12.03.2016
- giurisprudenza in tema di orario di lavoro, procedimenti disciplinari e concorrenza sleale per storno di dipendenti

Roma
Via dei Due Macelli, 47
Telefono: +39 06 6784778
Fax: +39 06 6783915

Milano
Via Monte Napoleone, 18
Telefono: +39 02 7645771
Fax: +39 02 783524

Bologna
Via Cesare Battisti, 33
Telefono: +39 051 6440604
Fax: +39 051 332126

NewsletterLavoro

Indice

Il punto su: le “nuove” collaborazioni organizzate dal committente

Le collaborazioni organizzate dal committente riviste dal Jobs Act alla luce delle indicazioni operative fornite dal Ministero del Lavoro al proprio personale ispettivo (Ministero del Lavoro, circolare n. 3 del 1.02.2016).

Giurisprudenza Europea

Computabilità nell'orario di lavoro del tragitto casa-cliente per i lavoratori itineranti (Corte di giustizia UE, 10 settembre 2015, c-266/2014).

Giurisprudenza Italiana

Attività lavorativa o ludica del lavoratore in malattia: illecito di pericolo e non di danno (Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza del 5 agosto 2015, n. 16465).

Difetto di specificità della contestazione disciplinare e conseguenze obbligatorie (Corte d'Appello di Milano, sezione lavoro, sentenza del 25 settembre 2015).

Novità e interpretazioni normative

Dal 12.03.2016 in vigore la nuova procedura per le dimissioni (Ministero del Lavoro, decreto 15.12.2015).

I nostri casi

Concorrenza sleale e storno di dipendenti in campo informatico (Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, sentenza del 14 dicembre 2015).

Il punto su: le “nuove” collaborazioni organizzate dal committente

Le collaborazioni organizzate dal committente riviste dal Jobs Act alla luce delle indicazioni operative fornite dal Ministero del Lavoro al proprio personale ispettivo (Ministero del Lavoro, circolare n. 3 del 1.02.2016).

Con circolare n. 3 del 1 febbraio 2016 il Ministero del Lavoro ha fornito indicazioni operative al proprio personale ispettivo in merito all'identificazione delle collaborazioni organizzate dal committente di cui all'art. 2 del D.Lgs. 81/2015.

Il Ministero ha innanzitutto ricordato il definitivo superamento dei contratti a progetto, aboliti dal 25 giugno 2015 per effetto dell'art. 52 della predetta norma (quelli in essere alla predetta data continuano fino alla scadenza) in favore di collaborazioni etero-organizzate. Ed infatti, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del D.Lgs. 81/2015 dal 1° gennaio 2016 si applica “*la disciplina del rapporto di lavoro subordinato*” per tutte le collaborazioni che i) si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali e ii) continuative e iii) le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento “*ai tempi e al luogo di lavoro*”.

La circolare ministeriale ricorda che i requisiti richiesti dall'art. 2, comma 1, debbono sussistere non soltanto per i contratti di collaborazione stipulati a partire dal 2016, ma anche per quelli che sono stati instaurati a partire dal 25 giugno 2015. Il Ministero precisa altresì che le predette condizioni previste dalla norma **debbono ricorrere congiuntamente** e che:

- a) per “prestazioni esclusivamente personali” si intendono quelle poste in essere dal titolare del rapporto senza l'ausilio di altri soggetti;
- b) per “prestazioni continuative” si intendono quelle che si ripetono in un arco temporale per l'ottenimento di una reale utilità e, quindi, quelle ripetitive;
- c) l’“organizzazione dei tempi e del luogo di lavoro” da parte del committente, coincide con la c.d. “etero-organizzazione”.

In presenza di tutte le predette condizioni (che si traducono nella c.d. “etero-direzione”), secondo il Ministero, si hanno le medesime conseguenze legate alla riqualificazione del rapporto con applicazione di qualsivoglia istituto, legale o contrattuale (ad esempio, trattamento retributivo, orario di lavoro, inquadramento previdenziale, tutele in caso di licenziamenti individuali illegittimi, etc.) e irrogazione di tutte le sanzioni previste in materia di collocamento.

Ogni qual volta il collaboratore operi all'interno di una organizzazione datoriale rispetto alla quale sia tenuto ad osservare determinati orari di lavoro e sia tenuto a prestare la propria attività presso luoghi di lavoro individuati dallo stesso committente, si condierano avverate le condizioni di cui all'art. 2, comma 1, sempre che le prestazioni risultino continuative ed esclusivamente personali.

La circolare n. 3, richiamando il dettato normativo, ricorda poi che esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 1:

- a) le collaborazioni per le quali gli accordi collettivi stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (al riguardo si veda l'interpello n. 27/2015), prevedono discipline specifiche concernenti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative;
- b) le collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in albi professionali;
- c) le attività prestate nell'esercizio delle loro funzioni dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni;
- d) le collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli Enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI, come disciplinati dall'art. 90 della legge n. 289/2001 (al riguardo si veda l'interpello n. 6/2016).

Un ultimo paragrafo della circolare è dedicato alla procedura di stabilizzazione delle collaborazioni di cui all'art. 54 del D.Lgs. 81/2015 che prevede, in caso di assunzione a tempo indeterminato dei co.co.co, co.co.pro e dei collaboratori con partita IVA a decorrere dal 1 gennaio 2016, l'estinzione degli illeciti amministrativi, contributivi e fiscali connessi alla erronea qualificazione del rapporto. Al riguardo il Ministero, precisa che beneficiano degli effetti di cui alla citata norma le stabilizzazioni non soltanto dei collaboratori con rapporto in essere, ma anche di quelli già cessati.

Affinchè operi il beneficio in questione l'assunzione del collaboratore deve essere accompagnata:

- a) da un verbale di conciliazione da sottoscrivere ex art. 410, 411 c.p.c. in sede protetta, ove le parti definiscano tutte le possibili pretese riguardanti la qualificazione del pregresso rapporto di lavoro. Al riguardo nella circolare si precisa che se l'accertamento ispettivo avviene nel corso della procedura di stabilizzazione, il rispetto delle condizioni evidenziate nell'art. 54, comporta comunque l'estinzione degli illeciti;
- b) dall'impegno del datore di lavoro a non recedere dal rapporto di lavoro, se non per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, nei dodici mesi successivi alla instaurazione del rapporto. Al riguardo la posizione del Ministero sembra essere secca: il datore di lavoro perderebbe il beneficio della estinzione degli illeciti anche in ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro quali dimissioni, cessazione dell'attività dell'azienda, licenziamento a seguito di cambio di appalto, cessione di azienda o ramo (ex art. 2112 c.c.).

Si ricorda che ai predetti benefici si aggiunge quello dell'esonero contributivo biennale per un massimo di € 3.250 all'anno come previsto dall'art. 1, comma 178 della legge n. 208/2015, in presenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla norma (mancanza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato nei sei mesi precedenti, insussistenza di un rapporto subordinato a tempo indeterminato nel periodo 1° ottobre 2015 – 1° gennaio 2016, in società controllate o collegate, regolarità contributiva, assenza di sanzioni e condanne per gravi violazioni in materia di sicurezza sul lavoro, rispetto del trattamento economico e normativo dei contratti, anche di secondo livello, se esistenti, stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative del settore sul piano nazionale).

Giurisprudenza Europea

Computabilità nell'orario di lavoro del tragitto casa-cliente per i lavoratori itineranti (Corte di Giustizia UE, 10 settembre 2015, c-266/2014).

La pronuncia della Corte di Giustizia UE in commento prende in esame il caso di alcuni

Per i lavoratori senza luogo fisso di lavoro il tempo di percorrenza tra il domicilio e il primo luogo di lavoro della giornata e quello di ritorno dall'ultimo luogo di lavoro al domicilio devono essere inclusi nella nozione comunitaria di "orario di lavoro" in quanto sussiste il potere direttivo anche relativamente all'ordine degli appuntamenti o agli spostamenti.

lavoratori di nazionalità spagnola impiegati in una società operante nel settore dell'installazione e manutenzione di impianti di sicurezza che agivano in giudizio per ottenere l'inclusione nel loro orario di lavoro del tempo corrispondente al tragitto dal proprio domicilio al cliente, con conseguente corresponsione delle differenze retributive. Originariamente l'orario di lavoro dei predetti dipendenti era computato dal momento in cui i lavoratori raggiungevano gli uffici periferici dell'azienda per ritirare il veicolo aziendale, fino al momento della riconsegna dello stesso al termine del giro dei clienti presso i quali si svolgeva

l'attività lavorativa. In seguito alla decisione della società datrice di lavoro di eliminare gli uffici periferici al fine di ridurre i costi aziendali, l'orario di lavoro veniva invece computato dal momento di arrivo presso il primo cliente sino al momento della partenza dalla sede dell'ultimo per tornare al domicilio del lavoratore.

La Corte identifica preliminarmente le norme rilevanti ai fini della decisione nella direttiva 2003/88/CE che individua la nozione di orario di lavoro come "*qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali*" e nell'art. 34 dello *estatuto de los trabajadores* spagnolo che disciplina l'orario di lavoro.

Il Giudice ritiene poi che nella definizione di "orario di lavoro" rientri anche lo spostamento verso la sede del cliente presso il quale va prestata l'attività lavorativa è parte. E ciò anche in considerazione del fatto che nei predetti casi il lavoratore è a disposizione del datore di lavoro e raggiunge un cliente su sua indicazione "*per poter immediatamente fornire le opportune prestazioni in caso di bisogno*".

Sulla base dei predetti ragionamenti la Corte conclude quindi che per i lavoratori senza luogo fisso di lavoro il tempo di percorrenza tra il domicilio e il primo luogo di lavoro della giornata e quello di ritorno dall'ultimo luogo di lavoro al domicilio devono essere inclusi nella nozione comunitaria di "orario di lavoro" in quanto sussiste il potere direttivo anche relativamente all'ordine degli appuntamenti o agli spostamenti.

Dal momento che l'Italia ha recepito integralmente la direttiva 2003/88/CE, adottando con essa la relativa nozione di orario di lavoro, la sentenza in esame è destinata ad essere presa come riferimento in fattispecie analoghe nel nostro territorio nazionale.

Giurisprudenza Italiana

Attività lavorativa o ludica del lavoratore in malattia: illecito di pericolo e non di danno (Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza del 5 agosto 2015, n. 16465).

Con la pronuncia in esame, la Corte ha confermato il principio di diritto, frutto di una complessa evoluzione giurisprudenziale, secondo cui la valutazione di compatibilità tra la condotta extralavorativa del prestatore in malattia, la pronta guarigione e ripresa del servizio da parte dello stesso vada effettuata con giudizio di pericolosità *ex ante* e non di dannosità *ex post*, restando sul punto irrilevante il tempestivo rientro al lavoro. In questo senso il comportamento del lavoratore che si intrattenga in attività ludiche o lavorative (diverse dalle principali) durante l'assenza per malattia è disciplinarmente rilevante per il solo fatto che tali attività abbiano messo anche solo in pericolo la guarigione e, quindi, la ripresa del servizio.

Lo svolgimento da parte del lavoratore di altra attività lavorativa o ludica durante il periodo di assenza dal lavoro per malattia costituisce illecito di pericolo e non di danno. Pertanto tale illecito sussiste non solo quando la predetta attività abbia comportato un effettivo ritardo nella ripresa del servizio, ma anche allorchè quest'ultima sia stata meramente messa in pericolo.

Si segnala tuttavia un indirizzo contrario della stessa Corte di Cassazione che, anche recentemente, ha avallato la tesi del giudizio di dannosità *ex post* osservando come *“non sussiste per il lavoratore assente per malattia un divieto assoluto di prestare – durante tale assenza – attività lavorativa in favore di terzi, purchè questa non evidenzi una simulazione di infermità, ovvero importi violazione del divieto di concorrenza, ovvero, ancora, compromettendo la guarigione del lavoratore, implichi inosservanza al dovere di fedeltà imposto al prestatore d’opera e abbia arrecato un danno al proprio datore di lavoro”* (cfr. Cass.4237/2015).

L'argomento è quindi dibattuto e eventuali procedimenti disciplinari aventi ad oggetto condotte come quella in esame si prestano a contestazione ed esiti contrastanti. Sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite.

Difetto di specificità della contestazione disciplinare e conseguenze obbligatorie (Corte d'Appello di Milano, sezione lavoro, sentenza del 25 settembre 2015).

La Corte d'Appello di Milano si è pronunciata sulle conseguenze del difetto di specificità della contestazione disciplinare sul licenziamento in una fattispecie in cui un lavoratore veniva licenziato previa contestazione di una serie di comportamenti, tenuti nei confronti di altri colleghi, definiti con allocuzioni generiche quali “non adeguati”, “anche con modalità violente”, etc..

Secondo la Corte il difetto di specificità della predetta contestazione disciplinare integra una violazione procedurale dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori e determina, pertanto, le conseguenze di cui all'art. 18, comma 6, dello Statuto, ossia **la risoluzione del rapporto di lavoro e il pagamento**, in favore del lavoratore, **di un'indennità risarcitoria** (tra 6 e 12 mensilità) e non la reintegrazione del lavoratore per insussistenza del fatto.

Il Giudice d'appello ha infatti ritenuto che la genericità della contestazione disciplinare costituisce un vizio procedurale che inficia fin dall'inizio il procedimento disciplinare, impedendo l'individuazione degli addebiti disciplinari ed assorbe, per ragioni di priorità logica, ogni questione inerente la prova della loro effettiva sussistenza in concreto.

La Corte ha ricordato, in particolare, che lo scopo della previa contestazione degli addebiti è quello di consentire al lavoratore l'immediata difesa in ordine alle accuse rivoltegli; occorre, pertanto, che la contestazione disciplinare sia sufficientemente specifica in modo tale da consentire al lavoratore di comprendere - nella loro materialità - i fatti nei quali il datore di lavoro ha ravvisato una violazione dei doveri nascenti dal rapporto di lavoro.

Occorre rilevare come alcuni Giudici di merito siano di tutt'altro avviso e ritengano che la generica, carente od omessa specifica contestazione dei fatti oggetto di contestazione disciplinare, rappresentando una condizione necessaria ai fini dell'accertamento del fatto oggetto di contestazione, conduca alla sanzione maggiore della **reintegra per insussistenza del fatto contestato** prevista dall'art. 18, comma 4, dello Statuto. E ciò soprattutto nei casi in cui la contestazione disciplinare manchi del tutto (Tribunale di Milano, ord. 22.04.2013) o sia carente di analiticità, non indicando le modalità concrete della condotta contestata e i risultati delle verifiche effettuate (Tribunale di Milano, ord. 15.04.2015).

I nostri casi

Concorrenza sleale e storno di dipendenti in campo informatico (Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, sentenza 14 dicembre 2015).

Con la sentenza in commento il Tribunale di Milano ha accertato il carattere anticoncorrenziale illecito delle condotte di un ex dipendente e della nuova datrice di lavoro consistenti nella selezione e storno, tramite dimissioni, di alcuni dipendenti “chiave”, dedicati ad un primario cliente, ai fini della loro assunzione presso l'azienda concorrente, già fornitore di parte di servizi informatici presso il cliente stesso.

E' connotata negativamente e costituisce concorrenza sleale per storno di dipendenti ex art. 2598 n. 3 c.c. la condotta, consistente nell'assunzione di specifici dipendenti di un concorrente operanti quotidianamente presso un importante cliente, posta in essere da un imprenditore, che da un lato beneficia comunque dell'immediata disponibilità di personale già perfettamente in grado di operare immediatamente sui sistemi informatici del cliente in questione mentre, d'altro lato, proprio la raggiunta disponibilità di tecnici già conosciuti dal cliente avrebbe evidentemente potuto favorire successive assegnazioni di ulteriori commesse.

La società attrice aveva convenuto in giudizio il proprio ex dipendente infedele e la società concorrente (nuova datrice di lavoro) e chiesto l'accertamento dell'illegittimità degli atti di storno dei dipendenti dedicati al predetto cliente, che si erano dimessi, l'inibitoria alla prosecuzione dell'attività illecita e la condanna dei convenuti al risarcimento dei danni.

Il Tribunale di Milano, nell'accordare i rimedi richiesti, ha ritenuto illecita la condotta dei convenuti in quanto diretta ad acquisire un indebito vantaggio rappresentato dalla possibilità per l'azienda concorrente, attraverso lo storno di personale già impiegato ed esperto dei sistemi IT del cliente, di garantire la continuità dei servizi già iniziati dalla società oggetto di storno e di acquisirne nuovi grazie alla conoscenza e confidenza dei dipendenti stornati con il cliente. Il Giudice ha, tra l'altro, identificato quali indici dell'illecito storno i seguenti comportamenti dei convenuti: intensa attività di contatto preliminare, principalmente via email, dei dipendenti appartenenti al team responsabile dell'esecuzione di vari servizi sul cliente, successivi colloqui preassuntivi presso la società concorrente, coordinamento nelle dimissioni anche con riferimento alle ragioni fittizie da indicare e la presenza di indirizzi email della società concorrente attribuiti ad ex dipendenti dell'azienda attrice.

Novità e interpretazioni normative

La nuova procedura per le dimissioni in vigore dal 12.03.2016 (Ministero del Lavoro, decreto 15.12.2015).

Dal **12 marzo 2016** entrerà in vigore la nuova procedura telematica obbligatoria per le dimissioni o la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro prevista dall'art. 26 del D.Lgs. 151/2015. Di seguito, in sintesi, i relativi adempimenti come illustrati nel Decreto del Ministero del Lavoro del 15 dicembre 2015 che ha altresì definito il modulo per le dimissioni e la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro e la loro revoca e gli standard e le regole tecniche per la compilazione del modulo stesso e per la sua trasmissione al datore di lavoro e alla Direzione territoriale del lavoro competente.

In caso di dimissioni o di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, il lavoratore dovrà:

1. registrarsi presso il sito cliclavoro.gov.it per ottenere una userid ed una password di accesso;
2. registrarsi al sito dell'Inps ed ottenere il PIN personale (dopo la registrazione, parte della password di accesso viene inviata per posta raccomandata);
3. compilare un modello telematico con i propri dati, i dati del datore di lavoro ed i dati del rapporto di lavoro;
4. inviare il tutto al sistema informatico del Ministero del Lavoro (SMV) che fornirà il codice alfanumerico attestante il giorno e l'ora in cui il modulo è stato trasmesso dal lavoratore e che trasmetterà il modulo via pec al datore di lavoro e alla DTL territorialmente competente.

Il lavoratore potrà revocare le proprie dimissioni, sempre telematicamente e senza necessità di motivazione, entro 7 giorni dalla data di invio del modulo.

Il mancato rispetto della predetta procedura comporta l'inefficacia delle dimissioni (o della risoluzione del rapporto) ai sensi dell'art. 26 del D.Lgs. 151/2015.

La procedura in questione non si applica al lavoro domestico e alle dimissioni/risoluzione consensuale disposta nelle sedi conciliative (ex art. 2113 c.c., 4° comma e Commissione di certificazione). In caso di dimissioni/risoluzione consensuale di lavoratrice madre durante il periodo di protezione della maternità resta obbligatoria la procedura di convalida prevista dall'art. 55, comma 4 del D.Lgs. 55/2001.

Si ritiene utile ricordare che le nuove disposizioni in esame, diversamente dalla norma previgente, non disciplinano l'ipotesi in cui il lavoratore dimissionario ometta di utilizzare la procedura telematica per comunicare il proprio recesso dal rapporto di lavoro e, ad esempio, si limiti ad inviare una semplice comunicazione cartacea di dimissioni o a quest'ultima non faccia seguire la comunicazione telematica (ipotesi tutt'altro che teorica nei casi, ad es., in cui il lavoratore non abbia accesso a internet o non parli la lingua italiana). In questo caso, nel silenzio della legge, sembra difficile considerare risolto il rapporto di lavoro per fatti concludenti e vi è il rischio che il lavoratore continui ad essere considerato in forza. In attesa di conoscere le prime applicazioni giurisprudenziali, l'unica soluzione sembra essere quella di attivare un procedimento disciplinare con conseguente licenziamento a carico del lavoratore dimissionario inadempiente per assenza ingiustificata.

Contatti

Avv. Andrea Vischi

a.vischi@rucellaieraffaelli.it

Avv. Francesco Pedroni

f.pedroni@rucellaieraffaelli.it

Milano

Via Monte Napoleone, 18

Telefono: +39 02 7645771

Fax: +39 02 783524

www.rucellaieraffaelli.it