

# NEWSLETTER LAVORO

**2**  
**2017**

## All'interno:

- amministratore di società e parasubordinazione
- giurisprudenza in tema di tempestività della contestazione disciplinare, mobbing, indennità per ferie non godute, illegittimità del licenziamento per trasferimento preconstituito, prova in ordine al lavoro straordinario,
- Indicazioni del Garante della Privacy sulle regole riguardanti l'accesso e la conservazione delle comunicazioni elettroniche aziendali e dei dati

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: amministratore di società e parasubordinazione**

Il nuovo orientamento proposto dalla Cassazione S.U. con la sentenza n. 1545 del 20 gennaio 2017

### **Giurisprudenza Italiana**

La tempestività della contestazione disciplinare  
(Cassazione, Sentenza n. 50 del 3 gennaio 2017)

Diritto all'indennità per ferie non godute solo per i dirigenti non apicali  
(Cassazione, Sentenza n. 2000 del 26 gennaio 2017)

Illegittimo il licenziamento se il trasferimento è precostituito (Cassazione,  
Sentenza n. 3052 del 6 febbraio 2017)

Mobbing e condotte mobbizzanti  
(Tribunale di Milano, sentenza del 9 settembre 2016)

La prova di aver svolto lavoro straordinario non può essere supplita da  
una valutazione equitativa del Giudice (Tribunale di Milano, sentenza del  
10 settembre 2016)

### **Novità e interpretazioni normative**

Comunicazioni elettroniche aziendali e dati personali contenuti su  
smartphone: le regole del Garante della Privacy per l'accesso e la  
conservazione di tali dati  
(Provvedimento Garante Privacy n. 547 del 22 dicembre 2016)

## Il punto su: amministratore di società e parasubordinazione

**(Cassazione, Sentenza S.U. n. 1545 del 20 gennaio 2017)**

Con la sentenza n. 1545 del 20 gennaio 2017 la Corte di Cassazione S.U. ha mutato il proprio precedente orientamento del 1994 affermando il principio secondo cui il rapporto che intercorre tra un amministratore e la società non è caratterizzato dal coordinamento e, pertanto, non rientra nel concetto di parasubordinazione.

Secondo la Corte il mutato assetto normativo sviluppatosi dal 2003 in poi impone *“un radicale ripensamento rispetto alla decisione del 1994 ed alle conseguenze che ne sono derivate e ne derivano trasversalmente in vasti campi dell’ordinamento”*.

La Suprema Corte, ripercorrendo gli orientamenti di parte della dottrina e della giurisprudenza, afferma che il rapporto tra amministratore e società non è un rapporto contrattuale, bensì un rapporto organico caratterizzato dall’immedesimazione dell’amministratore nella persona giuridica che rappresenta, senza possibilità di un regolamento negoziale interno, fonte di reciproci diritti ed obblighi.

La configurazione non contrattuale del rapporto società–amministratori, di fonte normativa, incide sulla ricostruzione della fonte dei loro poteri: gli amministratori sono titolari di poteri gestori in via originaria, in quanto organi necessari per il funzionamento e la realizzazione del contratto sociale, analogamente ai poteri dell’assemblea dei soci, con cui vi sarebbe una semplice convivenza, senza alcuna possibilità di sovrapposizione o limitazione.

Proprio il rapporto tra assemblea e amministratori conduce la Suprema Corte a escludere che nella fattispecie ricorra il carattere del “coordinamento”, essenziale per configurare la fattispecie prevista dall’art. 409 c.p.c.. Osserva correttamente la Corte: *“... il coordinamento (...) deve essere inteso in senso verticale, ossia deve rappresentarsi come una situazione per cui il prestatore d’opera parasubordinata è soggetto ad un coordinamento che fa capo ad altri, in un rapporto che deve presentare connotati simili a quelli del rapporto gerarchico propriamente subordinato ... l’attività coordinata è sinonimo di attività in qualche misura eterodiretta o, comunque, soggetta ad ingerenze o direttive altrui”*.

### La tempestività della contestazione disciplinare (Cassazione, Sentenza n. 50 del 3 gennaio 2017)

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte approfondisce il requisito della tempestività della contestazione disciplinare.

Nel caso sottoposto all'esame della Corte, un lavoratore, all'esito di un'articolata indagine interna, veniva licenziato per giusta causa per essersi illegittimamente servito di ben 238 biglietti ferroviari già utilizzati per rivenderli o per illecite operazioni di rimborso, incamerando gli importi relativi.

Il dipendente impugnava il recesso, censurando, in particolare, la carenza di tempestività della contestazione, allegando che tra la condotta addebitata e la formale contestazione disciplinare della stessa sarebbero trascorsi oltre undici mesi. Sia il Tribunale che la Corte d'Appello respingevano l'impugnativa del ricorrente.

In questa situazione, il dipendente proponeva ricorso per cassazione, lamentando la violazione del principio di necessaria tempestività della contestazione disciplinare.

In particolare, il ricorrente affermava che la contestazione sarebbe stata elevata oltre sessanta giorni (a fronte di una disposizione contrattuale che prevedeva un termine di trenta giorni) dopo che la commissione di inchiesta, incaricata dalla datrice società di verificare le irregolari duplicazioni di biglietti ferroviari e i rimborsi illegittimi, aveva terminato i propri lavori, nonché affermando che a quella data i dati raccolti sarebbero stati già sufficienti a dare luogo alla contestazione.

La Corte di Cassazione respingeva il ricorso, sulla base del principio secondo cui la tempestività della contestazione deve essere valutata muovendo non dall'epoca dell'astratta conoscibilità dell'infrazione, bensì dal momento in cui il datore di lavoro ne abbia acquisito in concreto piena conoscenza, a tal fine non bastando meri sospetti.

la tempestività della contestazione deve essere valutata dal momento in cui il datore di lavoro ne abbia acquisito in concreto piena conoscenza

A giudizio della Suprema Corte, i Giudici del merito si sono correttamente conformati a tale principio, riconoscendo, da un lato, come i quasi dodici mesi trascorsi dalle condotte addebitate alla reazione disciplinare del datore di lavoro erano stati impiegati in accertamenti complessi, anche considerato il numero elevato di biglietti illecitamente rimborsati o rivenduti, che avevano richiesto ben due commissioni d'indagine, e, dall'altro, che la contestazione era stata mossa al ricorrente venti giorni dopo la pronuncia della seconda commissione, ossia in un termine congruo e rispettoso anche del contratto collettivo nazionale invocato dal lavoratore.

## Diritto all'indennità per ferie non godute solo per i dirigenti non apicali (Cassazione, Sentenza n. 2000 del 26 gennaio 2017)

Il diritto all'indennità per le ferie non godute spetta soltanto nei confronti del dirigente non apicale soggetto all'ingerenza del datore di lavoro nella fruizione delle ferie stesse.

Questo il principio espresso dalla Corte di Cassazione con la recente sentenza del 26 gennaio 2017 n. 2017.

**Il dirigente effettivamente titolare del potere di attribuirsi il potere di ferie senza alcuna ingerenza del datore di lavoro non ha diritto alla relativa indennità sostitutiva nel caso in cui non eserciti tale potere e non fruisca quindi del periodo di riposo.**

La Suprema Corte si è pronunciata sul ricorso proposto dirigenti medici che operavano in una azienda ospedaliera e che rivendicavano nei confronti dell'azienda il diritto al pagamento dell'indennità spettante per le ferie non godute. L'azienda datrice di lavoro, risultata vittoriosa dinanzi ai Giudici del merito, contestava la sussistenza del diritto alla corresponsione dell'indennità richiesta in mancanza della prova fornita dai dirigenti in

ordine alla circostanza che i periodi di riposo non fossero stati fruiti per esigenze di servizio o per cause indipendenti dalla volontà dei dirigenti stessi.

La Corte di Appello di Milano, discostandosi dall'orientamento giurisprudenziale della Cassazione (Cass. S.U. n. 9146/2009) e senza operare alcuna distinzione tra dirigenti apicali e non, aveva ritenuto non provata da parte dei dirigenti la programmazione delle ferie e la successiva impossibilità di fruire del periodo di riposo per diniego manifestato dall'azienda, così come l'effettivo pregiudizio sofferto per il mancato godimento del riposo.

La Suprema Corte, ritenendo di dare continuità al proprio orientamento, ha fornito la propria interpretazione conforme al principio di irrinunciabilità delle ferie, espresso dall'art. 36 della Costituzione, ed ha precisato che i ricorrenti non avevano la possibilità di programmare le ferie e di autoattribuirsi il godimento, essendo comunque in posizione subordinata rispetto ai dirigenti apicali ed alla direzione sanitaria responsabile della conduzione della struttura ospedaliera.

Concludeva la Corte, sotto il profilo probatorio, che l'indennità sostitutiva dovuta per il mancato godimento del periodo di riposo spetti in ogni caso in cui il lavoratore fornisca la prova dell'avvenuta prestazione dell'attività lavorativa durante giorni destinati alla fruizione delle ferie; non è invece ritenuto necessaria ai fini del riconoscimento della suddetta indennità la prova dell'effettivo pregiudizio subito dal lavoratore.

## Illegittimo il licenziamento se il trasferimento è precostituito

### (Cassazione, Sentenza n. 3052 del 6 febbraio 2017)

Con la sentenza n. 3052/2017 del 6 febbraio 2017, la Corte di Cassazione si pronuncia sulla illegittimità del licenziamento della lavoratrice madre irrogato a seguito del rifiuto di quest'ultima al trasferimento ad altra sede aziendale.

Nel caso giunto all'esame della Corte, la lavoratrice, responsabile di un punto vendita, era stata licenziata successivamente al suo rientro in azienda dopo la maternità ed in ragione del suo rifiuto a trasferirsi in altra città. L'azienda aveva sostituito durante l'assenza per maternità la posizione della lavoratrice con altra dipendente meno qualificata per il lavoro da svolgere cui aveva assegnato la responsabilità di ulteriori punti vendita nelle città limitrofe. Deduceva dunque l'azienda che a seguito della riorganizzazione aziendale la posizione ricoperta dalla lavoratrice era stata soppressa con la conseguente necessità di ricollocarla in altra città. La lavoratrice rifiutava il trasferimento.

È illegittimo il trasferimento di sede disposto nei confronti della lavoratrice al rientro dalla maternità se il posto di lavoro ricoperto prima dell'astensione obbligatoria era ancora disponibile, sia pure con nuove caratteristiche per effetto della intervenuta riorganizzazione aziendale

La Corte di Appello, riformando la sentenza resa dal primo giudice e favorevole all'azienda, dichiarava l'illegittimità del licenziamento ritenendo il trasferimento della lavoratrice finalizzato alla sua espulsione dall'azienda in ragione della sua condizione di maternità; basava la Corte le proprie motivazioni sulla circostanza che l'azienda durante la maternità della dipendente aveva assunto a tempo indeterminato un'altra risorsa provvedendo di fatto alla sostituzione della dipendente in astensione lavorativa per maternità.

La Corte di Cassazione ha ritenuto di confermare la decisione del giudice di appello rigettando il ricorso proposto dall'azienda. Non hanno trovato spazio quindi nella decisione della Corte le doglianze sollevate dal datore di lavoro in relazione alla mancata valutazione dei dati economici forniti dall'azienda al fine di dimostrare la dedotta riorganizzazione né quelle attinenti all'impossibilità di ricollocare utilmente la dipendente rientrata dalla maternità in altri contesti aziendali evitando il trasferimento.

Il licenziamento è stato considerato illegittimo proprio perché manifestazione di un disegno complessivo realizzato dall'azienda con il fine ultimo di estromettere la lavoratrice in ragione della maternità, intento che aveva determinato il trasferimento quando era ormai decorso il periodo temporale della tutela al luogo di lavoro apprestata per la lavoratrice madre ai sensi dell'art. 56, comma 1, d.lgs. n. 151/2001. Il rifiuto della lavoratrice al trasferimento è stato invece ritenuto legittimo in virtù del principio civilistico per cui il contraente può rifiutarsi di adempiere la propria obbligazione se la controparte è inadempiente ai propri obblighi.

## Mobbing e condotte mobbizzanti

### (Tribunale di Milano, sentenza del 9 settembre 2016)

Con la sentenza del 9 settembre 2016 il Tribunale di Milano si è espresso sulla sussistenza di condotte mobbizzanti che deve essere necessariamente qualificata dall'accertamento di sostanziali finalità persecutorie o discriminatorie, poiché proprio l'elemento soggettivo finalistico consente di cogliere in uno o più provvedimenti e comportamenti quel disegno unitario teso alla dequalificazione, svalutazione od emarginazione del lavoratore dal contesto organizzativo nel quale è inserito che è imprescindibile ai fini della definizione di mobbing. Conseguentemente, un singolo atto illegittimo o anche più atti illegittimi di gestione del rapporto in danno del lavoratore, non sono, di per sé soli, sintomatici della presenza di un comportamento mobbizzante.

Nel caso in esame, la ricorrente, dipendente e funzionario di un Comune, chiedeva che venissero dichiarate illegittime le condotte vessatorie poste in essere in modo sistematico dall'amministrazione a far data dall'anno 2012. In ragione delle condotte contestate, la ricorrente chiedeva la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni patrimoniali e non subiti.

un singolo atto illegittimo non è di per sé solo sintomatico della presenza di un comportamento mobbizzante

In particolare, la lavoratrice deduceva che l'ente aveva posto in essere un processo di progressivo esautoramento delle funzioni e di delegittimazione del ruolo della ricorrente il tutto fine a giungere al completo demansionamento attuato nel 2014. La ricorrente deduceva altresì che nel medesimo anno il settore tecnico del comune veniva riorganizzato in tre sotto settori di cui soltanto uno le veniva affidato, il tutto a fronte di una situazione

precedente in cui la ricorrente era responsabile dell'intero servizio tecnico.

A sostegno della propria decisione, il Tribunale di Milano preliminarmente descrive i limiti dell'art. 52 ex D.Lgs. n. 165/2001 in particolare la circostanza per cui la norma fa riferimento all'equivalenza di mansioni sotto il profilo formale, con evidente differenza rispetto a quanto previsto dall'art. 2103 per l'impiego privato. Sotto quest'aspetto il Tribunale evidenzia che il ricorso tende non tanto a contestare l'equivalenza formale delle mansioni ma a far emergere la circostanza per cui le mansioni assegnate alla ricorrente sarebbero connotate da minor importanza e prestigio sotto il profilo qualitativo. Sotto questo profilo, il Tribunale ritiene di non poter accogliere il ricorso della ricorrente proprio a motivo dell'impianto normativo risultante dall'art. 53, D.Lgs. 165/2001. Con riferimento alla domanda risarcitoria legata a condotte mobbizzanti, il Giudice ha ritenuto che nel corso del giudizio non sia stata raggiunta la prova utile a configurare la fattispecie mobbing alla luce dei principi enucleati dalla giurisprudenza, ed in particolare, non è stata dimostrata la sussistenza di un unico disegno finalizzato alla dequalificazione della dipendente.



## La prova di aver svolto lavoro straordinario non può essere supplita da una valutazione equitativa del Giudice (Tribunale di Milano, sentenza del 10 settembre 2016)

Con la sentenza del 10 settembre 2016, il Tribunale di Milano si è pronunciato in ordine alla prova da fornire in caso di pretese differenze retributive per lavoro straordinario.

Il Tribunale si è espresso sul ricorso di una lavoratrice che chiedeva l'accertamento dell'illegittimità dei contratti a progetto, per mancanza dei requisiti individuati dal D.lgs 2776/2003, ed il conseguente riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro con effetti anche sulla retribuzione dovuta.

Una volta riqualificato il rapporto di collaborazione in rapporto di lavoro subordinato, il Giudice ha quindi esaminato i conteggi presentati dalla ricorrente in ordine alla pretese differenze retributive. Sul punto, mentre nessun dubbio è sorto in merito al riconoscimento in capo alla lavoratrice per le differenze retributive dovute per il normale orario di lavoro, il Giudice ha ritenuto non accoglibile la domanda proposta con riferimento alle pretese economiche per lavoro straordinario.

La prova del lavoro straordinario è assai rigorosa e compete unicamente al lavoratore, il quale deve dare analitica dimostrazione, giorno per giorno, delle eccedenze rispetto al normale orario di lavoro, senza che alle carenze di parte possa supplire il Giudice con una mera valutazione equitativa

Richiamando l'orientamento di legittimità sul punto (cfr. Cass. sentenza n. 19299/2014 e Cass. sentenza n. 3714/2009), il giudicante ha ricordato che la prova del lavoro straordinario deve essere fornita dal lavoratore in maniera assai rigorosa, richiedendosi una analitica dimostrazione dell'attività lavorativa prestata in un orario eccedente il normale orario lavorativo. Nel caso esaminato, la lavoratrice non aveva offerto prove precise in ordine al lavoro straordinario e le testimonianze rese nel corso dell'istruttoria compiuta non erano state sufficientemente chiare in ordine alla effettiva prestazione da parte della ricorrente di attività lavorativa prestata fuori dall'orario normale di lavoro.

Il Giudice ha quindi riconosciuto le differenze retributive relative al lavoro ordinario dovute quale conseguenza della mutata qualificazione del rapporto e disatteso la domanda avversaria di pagamento della retribuzione per lavoro straordinario.



## Novità e interpretazioni normative

### **Comunicazioni elettroniche aziendali e dati personali contenuti su smartphone: le regole del Garante della Privacy per l'accesso e la conservazione di tali dati (Provvedimento Garante Privacy n. 547 del 22 dicembre 2016)**

Con il Provvedimento n. 547 del 22 dicembre 2016, l'Autorità Garante per la Privacy si è pronunciata in relazione alla legittimità, da parte del datore di lavoro, dell'uso della casella di posta elettronica aziendale e della conservazione di dati personali di un dipendente anche successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro.

L'Autorità, nel ritenere illecito il trattamento effettuato dall'azienda sulle email dei dipendenti e attraverso i dispositivi blackberry assegnati ai dipendenti, quanto a informativa rilasciata e modalità e tempi di conservazioni dei relativi dati, ha fornito utili indicazioni precise in relazione alle concrete modalità da osservare nel trattamento dei dati personali dei lavoratori.

Il primo suggerimento offerto è proprio quello relativo all'informativa da rendere ai dipendenti circa le modalità e finalità del trattamento dei dati personali contenuti in comunicazioni trasmesse attraverso l'utilizzo dell'account di posta aziendale.

Secondo quanto stabilito dal Garante, l'azienda datrice di lavoro deve infatti comunicare ai propri dipendenti ogni informazione utile e completa in tema di conservazione sui server aziendali dei dati personali e delle email scambiate in costanza di rapporto di lavoro e modalità e tempestiche di disattivazione dell'account, ivi compreso l'eventuale trattamento effettuato da altre società del gruppo che devono essere incaricate del relativo trattamento e oggetto di istruzioni e sorveglianza da parte della società titolare.

Con particolare riferimento alla disattivazione dell'account, il Garante ritiene necessario procedere alla citata disattivazione in coincidenza con la cessazione del rapporto di lavoro, ritenendo non corretto il mantenimento dell'account individuale per il periodo di 6 mesi dopo la cessazione. Agisce dunque correttamente l'azienda che rimuove immediatamente l'account del dipendente e contestualmente adotta sistemi automatici idonei ad informare eventuali terzi della disattivazione ed a fornire indirizzi alternativi per la prosecuzione delle attività professionali.

Particolare attenzione deve essere poi prestata alla durata della conservazione dei dati, che, nella fattispecie, erano stati conservati per 10 anni nei server aziendali di gruppo. L'Autorità ha ritenuto illecito tale trattamento in quanto in violazione dei principi di necessità, pertinenza e non eccedenza che devono pur sempre regolare la gestione dei servizi di posta elettronica e le esigenze di sicurezza dei sistemi.

Il rischio in questo caso infatti è quello di effettuare, anche involontariamente, un controllo a distanza sull'attività dei dipendenti vietato dagli artt. 4 e 8 dello Statuto dei Lavoratori. Soprattutto nei casi, come in quello oggetto del provvedimento dell'Autorità, in cui l'azienda consente l'utilizzo della posta elettronica aziendale per uso privato in orario lavorativo e non, consentendo quindi lo scambio di dati personali non rilevanti per il rapporto di lavoro. Anche in questo caso, in applicazione dei principi di correttezza e liceità del trattamento dei dati personali e nel rispetto delle previsioni dello Statuto dei Lavoratori, l'azienda deve preventivamente comunicare al lavoratore in modo chiaro e

preciso le modalità di utilizzo degli strumenti aziendali e l'eventuale effettuazione di controlli su base individuale.

Ulteriore aspetto considerato dal provvedimento in esame è quello relativo alla facoltà per il datore di lavoro di accedere tramite remoto a dati che siano contenuti in dispositivi portatili e smartphone concessi in dotazione ai dipendenti. Anche in questo caso, richiamando i principi sopra espressi anche con riferimento a dati conservati su smartphone, ivi comprese le applicazioni che consentono il controllo delle soglie di consumo, l'Autorità ha sottolineato come l'azienda deve informare i dipendenti in ordine alle caratteristiche ed alle finalità del trattamento dei dati così raccolti.

# Contatti

Avv. Andrea Vischi

[a.vischi@rucellaieraffaelli.it](mailto:a.vischi@rucellaieraffaelli.it)

Avv. Francesco Pedroni

[f.pedroni@rucellaieraffaelli.it](mailto:f.pedroni@rucellaieraffaelli.it)

Milano

Via Monte Napoleone, 18

Telefono: +39 02 7645771

Fax: +39 02 783524

[www.rucellaieraffaelli.it](http://www.rucellaieraffaelli.it)