

NEWSLETTER LAVORO

6
2017

All'interno:

- inidoneità alle mansioni e licenziamento del lavoratore
- giurisprudenza in tema di incentivo all'esodo e imposte, licenziamento ed utilizzo dei social network, licenziato e abuso di internet, esclusione dell'obbligo di repêchage
- indicazioni su manodopera transnazionale e Jobs act del lavoro autonomo

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: inidoneità alle mansioni e licenziamento del lavoratore

Giurisprudenza Italiana

Incentivo all'esodo e imposte a carico del lavoratore (Tribunale di Roma, Sentenza n. 3636 del 13 aprile 2017)

Licenziamento del lavoratore ed utilizzo dei social network (Cassazione, Sentenza n. 13799 del 31 maggio 2017)

Licenziato per giustificato motivo soggettivo e abuso di internet (Cassazione, Sentenza n. 14862 del 15 giugno 2017)

Validità di un licenziamento per ragioni economiche: escluso il repêchage "a termine" (Corte di appello di Milano, Sentenza n. 909 del 7 aprile 2017)

Novità e interpretazioni normative

Manodopera transnazionale: il distacco con "triangolazione"

Le nuove garanzie del Jobs act del lavoro autonomo

Il punto su: inidoneità alle mansioni e licenziamento del lavoratore

Il licenziamento intimato per sopraggiunta inidoneità del lavoratore alla sua mansione impone una serie di precauzioni al datore al fine di non rischiare di incorrere nella illegittimità del recesso.

In questo senso, alcuni spunti interessanti arrivano dalla recente sentenza della Corte di appello di Bologna (sentenza n. 576 del 4 maggio 2017), emessa in seguito al reclamo promosso da una società, contro una sentenza del Tribunale di Parma, in sede di opposizione, nel rito “Fornero”. Il Tribunale aveva dichiarato illegittimo un licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità alla mansione, ritenendo violato l’obbligo di repêchage, perché la perizia medico-legale disposta dal giudice aveva individuato, in azienda, almeno due possibili posizioni compatibili con lo stato di salute della lavoratrice licenziata.

La Corte d’appello di Bologna, modificando la sentenza del Tribunale, ha dichiarato il licenziamento legittimo, rilevando che, se le posizioni potenzialmente compatibili citate non sono effettivamente vacanti, il repêchage non può ritenersi violato: non si può infatti chiedere all’imprenditore di modificare l’organizzazione aziendale pur di ricollocare il lavoratore divenuto inidoneo.

Tale pronuncia si inserisce nel solco della giurisprudenza secondo cui i requisiti di validità del licenziamento per sopravvenuta inidoneità sono:

- a) il carattere permanente dell’inidoneità totale o parziale (Corte d’appello di Potenza, sentenza n. 215 del 19 maggio 2016). Peraltro, la Corte di Cassazione ha precisato che l’inidoneità permanente rileva quale impossibilità della prestazione lavorativa anche se accertata senza ricorso alla consulenza tecnica d’ufficio (Cassazione, sentenza n. 6501 del 26 aprile 2012);
- b) la mancanza d’interesse all’uso parziale della prestazione, qualora il licenziamento sia conseguito a un’inidoneità del lavoratore allo svolgimento delle sue mansioni soltanto parziale (Cassazione, sentenza n. 10626 del 22 maggio 2015);
- c) l’esclusione della possibilità di adibire il lavoratore a una diversa attività riconducibile a mansioni equivalenti e, subordinatamente, a mansioni inferiori (il cosiddetto obbligo di repêchage).

Sull’obbligo di repêchage, l’orientamento risalente della giurisprudenza di legittimità riteneva che la sopravvenuta inidoneità del lavoratore potesse giustificare il suo licenziamento, senza l’onere per il datore di lavoro di provare l’assenza di possibili ricollocazioni alternative (Cassazione, sentenze nn. 3174 del 18 marzo 1995 e 9684 del 6 novembre 1996). Tuttavia, l’orientamento attuale, anche alla luce del Testo unico sulla sicurezza (D.Lgs. 81/2008), richiede, quale condizione di legittimità del licenziamento, la dimostrazione da parte del datore di lavoro dell’impossibilità di ricollocare il lavoratore in posizioni equivalenti o inferiori (Cassazione, sentenza n. 3224 del 12 febbraio 2014).

Secondo parte della giurisprudenza tale onere probatorio del datore di lavoro è subordinato all’onere del lavoratore di dedurre specificamente le posizioni lavorative libere che l’azienda avrebbe potuto assegnargli (Cassazione, sentenza n. 10018 del 16 maggio 2016 e Tribunale di Taranto, sezione lavoro, sentenza del 16 gennaio 2013).

Esiste, tuttavia, sebbene in relazione ai recessi per soppressione della posizione lavorativa, un diverso orientamento giurisprudenziale che pone l’onere della prova in materia di repêchage integralmente in capo al datore di lavoro (Cassazione, sentenza n. 16022 del 5 gennaio 2017 – vedi NewsletterLavoro n. 5/2017).

Incentivo all'esodo e imposte a carico del lavoratore (Tribunale di Roma, Sentenza n. 3636 del 13 aprile 2017)

Il Tribunale di Roma ha stabilito che in caso risoluzione incentivata del rapporto di lavoro con la previsione di somme nette per il lavoratore quest'ultimo è tenuto a corrispondere eventuali differenze tributarie in caso di successivo ricalcolo da parte delle autorità fiscali.

La vicenda in esame ha riguardato il caso di un dipendente che, in sede protetta, aveva risolto consensualmente il rapporto di lavoro a fronte della pattuizione di una pluralità di somme al netto delle ritenute fiscali, poi corrisposte in busta paga unitamente al TFR. Alcuni anni dopo, l'Agenzia delle Entrate informava l'ex dipendente che le somme percepite, e già tassate alla fonte dall'ex datore di lavoro, dovevano essere assoggettate ad una diversa e più alta aliquota. Per tale motivo, l'Agenzia chiedeva all'ex dipendente di pagare la differenza tra le imposte già versate e quelle effettivamente dovute all'Erario.

Nel caso di importi pattuiti in misura netta nell'ambito di una transazione di lavoro il lavoratore risponde di eventuali differenze tributarie in caso di successivo ricalcolo ad opera degli uffici competenti

Il lavoratore decideva di far causa all'ex datore di lavoro, chiedendone la condanna al pagamento della differenza pari alle maggiori imposte pagate all'Agenzia delle Entrate.

Il Tribunale di Roma ha rigettato la domanda dell'ex dipendente osservando che, rispetto alla erogazione di somme che costituiscono reddito da lavoro dipendente, il lavoratore è il solo soggetto titolare del debito tributario, mentre il datore di lavoro è solamente un sostituto di imposta, tenuto ad effettuare le trattenute fiscali sui medesimi importi, eventualmente in acconto sul maggior dovuto.

In particolare, secondo tale decisione, nel caso di TFR e di importi corrisposti in occasione della cessazione del rapporto di lavoro, a fronte di una pattuizione che preveda il pagamento di somme nette, il datore agisce correttamente ogni qual volta proceda alla "lordizzazione" degli importi convenuti, applicando in busta paga le aliquote di tassazione coerenti e corrette rispetto al momento di applicazione del carico fiscale.

Il Tribunale di Roma ha dunque concluso che il sostituto d'imposta è tenuto a versare le sole imposte determinate all'atto della cessazione del rapporto secondo l'aliquota provvisoria, nulla dovendo versare in caso di riliquidazione da parte dell'amministrazione finanziaria, restando il lavoratore l'unico debitore dell'obbligo tributario all'esito del ricalcolo da parte dell'Agenzia delle Entrate.

Licenziamento del lavoratore ed utilizzo dei social network (Cassazione, Sentenza n. 13799 del 31 maggio 2017)

La fattispecie trattata dai giudici di Cassazione nella recente sentenza n. 13799 del 31 maggio 2017 riguarda il licenziamento intimato ad una dipendente per avere usato espressioni denigratorie nei confronti del proprio datore di lavoro sui social network.

Tali espressioni divenivano, preliminarmente, oggetto di valutazioni contrastanti da parte dei giudici di merito. In primo grado, infatti, il Tribunale confermava il licenziamento ritenendo che le predette espressioni integrassero una *“gratuita ed esorbitante denigrazione”* della società, e che fossero altresì caratterizzate *“dalla precisa intenzione di ledere, con l’attribuzione di un fatto oggettivamente diffamatorio, la reputazione del proprio datore di lavoro”*. Diversamente, la Corte di Appello riteneva il licenziamento illegittimo per assenza di illiceità del fatto oggetto di contestazione disciplinare e condannava la società a reintegrare la lavoratrice e a risarcirle il danno in misura pari alla retribuzione globale di fatto dal momento del licenziamento al saldo.

l’assenza di illiceità di un fatto materiale pur sussistente, deve essere ricondotta all’ipotesi dell’insussistenza del fatto contestato, con conseguente reintegra nel posto di lavoro

Avverso tale ultima decisione ricorreva per Cassazione la società datrice di lavoro, lamentando come la Corte di Appello non avesse osservato il principio secondo cui il nuovo articolo 18 riconosce la tutela reintegratoria *“solo in caso di insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, sicché ogni valutazione che attenga al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità della condotta contestata non è idonea a determinare la condanna del*

datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore”.

Le doglianze della società, tuttavia, sono state ritenute infondate dalla Cassazione, che richiamando il proprio recente orientamento sul punto, ha rigettato il ricorso proposto dalla società, precisando che l’insussistenza del fatto contestato debba comprendere anche le ipotesi *“del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità”*, nel senso che l’assenza di illiceità di un fatto materiale pur sussistente, *“deve essere ricondotta all’ipotesi, che prevede la reintegra nel posto di lavoro, dell’insussistenza del fatto contestato, mentre la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando giudizio di proporzionalità, non consente l’applicazione della cosiddetta tutela reale”*.

Licenziato per giustificato motivo soggettivo e abuso di internet (Cassazione, Sentenza n. 14862 del 15 giugno 2017)

Il dipendente che utilizza in maniera sistematica la connessione internet aziendale per fini personali può essere licenziato per giustificato motivo soggettivo e l’azienda che controlla tale utilizzo irregolare non è soggetta alle regole previste dall’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori.

La Corte di Cassazione con sentenza n. 14862/2017 del 15 giugno 2017, ha confermato la legittimità del licenziamento intimato da un datore di lavoro nei confronti di un dipendente che ha abusato ripetutamente della connessione internet messa a disposizione dall'azienda.

Nel caso in esame il dipendente si è connesso a fini personali per 27 volte, nell'arco di due mesi, restando collegato per 45 ore complessive. La società lo ha licenziato per giusta causa, e la Corte d'appello di Bologna ha confermato la validità del recesso, pur mutando il titolo in giustificato motivo

Costituisce giustificato motivo soggettivo di licenziamento l'utilizzo della rete internet aziendale massivo e reiterato per fini personali

soggettivo, in considerazione dell'assenza di precedenti e dell'esiguità del danno subito dall'azienda.

La Suprema corte conferma questa ricostruzione, evidenziando che il numero e la durata delle connessioni dimostra che è stato fatto un reiterato utilizzo per fini personali dello strumento aziendale, da un lato, e la natura intenzionale della condotta, dall'altro.

Inoltre, la sentenza esclude che i controlli effettuati dall'impresa per accertare l'utilizzo indebito della connessione possano configurarsi come controlli a distanza, soggetti alle regole previste dall'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori (nella versione precedente la riforma del 2015). Questa norma, osserva la Corte, disciplina le forme e le modalità di controllo che hanno per oggetto la prestazione lavorativa e il suo esatto adempimento, mentre non si applica a quei comportamenti illeciti dei dipendenti capaci di ledere l'integrità del patrimonio aziendale, il regolare funzionamento degli impianti e la loro sicurezza (i c.d. "controlli difensivi").

La Corte ha altresì escluso che l'azienda avesse violato le regole che tutelano la riservatezza e la privacy del dipendente, nel momento in cui ha verificato le modalità di utilizzo della connessione internet, in quanto il datore di lavoro non aveva analizzato i siti visitati durante la navigazione, né la tipologia di dati che erano stati scaricati e non aveva accertato se questi fossero stati salvati sul personal computer.

La società si era limitata ad analizzare i dettagli del traffico di connessione, che non costituiscono dati personali, in quanto non forniscono alcuna indicazione in merito alla persona e alle sue scelte politiche, religiose, culturali o sessuali. I dati della connessione, secondo la Corte, forniscono solo elementi quantitativi di carattere generale, che possono essere riferiti - senza alcuna capacità di individuazione - a un numero indistinto di utenti della rete.

Validità di un licenziamento per ragioni economiche: escluso il repêchage "a termine" (Corte di appello di Milano, Sentenza n. 909 del 7 aprile 2017)

Con la sentenza n. 909/2017 del 7 aprile 2017 la Corte di appello di Milano si è pronunciata sulla validità di un licenziamento per ragioni economiche anche se contemporaneo ad un'assunzione per sostituzione, escludendo la violazione dell'obbligo del repêchage.

Ed infatti, con riferimento all'obbligo del repêchage, in caso di recesso per ragioni economiche, l'azienda deve dimostrare di non aver potuto ricollocare il dipendente

licenziato dimostrando di non aver assunto altri lavoratori in ruoli compatibili con il profilo di quello licenziato (anche se non equivalenti).

Non viola l'onere di repêchage il datore di lavoro che assuma a termine per sostituzione di altro lavoratore con diritto alla conservazione del posto di lavoro

Nel caso specifico, tuttavia, la Corte di appello, nell'esaminare i nuovi ingressi in azienda intervenuti nei mesi vicini alla data del recesso, ha ritenuto di escludere che l'obbligo di repêchage fosse stato violato da un'assunzione a termine per sostituzione, in quanto *“la diversità di inquadramento e la differente tipologia del contratto, se a termine, non consentono di effettuare utili raffronti per concludere su una concreta possibilità di ricollocazione”* del dipendente licenziato.

Nel caso in commento la nuova risorsa è stata assunta a tempo determinato in sostituzione di un altro dipendente assente, con diritto alla conservazione del posto di lavoro, fattispecie che esclude un eventuale uso elusivo di una assunzione a termine.

La sentenza della Corte di Milano si è soffermata anche sulla questione della efficacia del licenziamento, ove la comunicazione di invito alla procedura di conciliazione presso l'Irl e il successivo recesso risultino firmati da un responsabile delle risorse umane privo dei necessari poteri.

I giudici hanno respinto l'eccezione del ricorrente qualificando le lettere inviate dal legale della società al procuratore del lavoratore, nonché le memorie depositate dalla azienda nel corso del contenzioso, come atti utili ad attestare una *“ampia ratifica della volontà di licenziare”* con il conseguente superamento della carenza di poteri della responsabile delle risorse umane.

Novità e interpretazioni normative

Manodopera transnazionale: il distacco con “triangolazione”

L'Ispettorato nazionale del lavoro con nota n. 4833 del 5 giugno 2017 si occupa della questione delle “triangolazioni” internazionali di manodopera e fornisce chiarimenti operativi sul personale straniero impiegato per le fiere e gli eventi.

La circolare si occupa del caso in cui il personale sia utilizzato all'interno di un rapporto contrattuale composto da tre soggetti: (i) l'impresa straniera distaccante, (ii) il soggetto distaccatario e (iii) un terzo che si trova in Italia e utilizza in concreto la prestazione del dipendente, mediante un accordo commerciale stipulato con il distaccatario.

Tale fattispecie, osserva la circolare, per essere lecita deve fondarsi su rapporti contrattuali ben definiti – e non fittizi – tra i tre soggetti, e presuppone che durante tutto il periodo di distacco resti in vita un effettivo rapporto di lavoro tra il lavoratore distaccato e l'impresa straniera distaccante.

Anche in presenza di questi elementi, osserva l'Inl, si applicano gli obblighi previsti dal D.Lgs. 136/2016, in quanto la nuova normativa riguarda tutte le forme di appalto e distacco, anche quelle realizzate mediante l'utilizzo di schemi contrattuali atipici.

Analoga interpretazione si applica per i casi in cui il distacco sia attuato tra imprese facenti parte dello stesso gruppo ma con sedi in Stati diversi, di cui una in Italia, e il lavoratore sia successivamente impiegato per l'esecuzione di un appalto presso la sede o altra unità produttiva di una azienda committente – destinataria finale della prestazione – sempre ubicata in Italia.

In tutti questi casi, il soggetto distaccante dovrà adempiere a tutti gli obblighi previsti dal D.Lgs. 136/2016, a partire da quello di inviare la comunicazione preventiva al ministero del Lavoro, indicando come sede del distacco il luogo di effettivo svolgimento della prestazione lavorativa.

La nota in esame precisa anche alcuni degli indicatori utilizzabili per riconoscere un'operazione illecita di prestito di personale. Ad esempio, la costituzione in Italia di una attività imprenditoriale che risulta sconosciuta alle pubbliche amministrazioni, oppure l'utilizzo di società di comodo che non esercitano alcuna attività produttiva, o l'esercizio dell'attività di somministrazione di manodopera in assenza della relativa autorizzazione.

La nota in commento si occupa anche delle ipotesi in cui l'impresa straniera invii propri dipendenti in Italia presso stand temporanei allestiti nell'ambito di fiere, mostre, manifestazioni commerciali ed eventi congressuali, senza che esista una prestazione di servizi nei confronti di un soggetto avente sede in Italia. In questo caso, secondo l'Inl, lo stand temporaneo non può essere qualificato come una sede o filiale in Italia dell'azienda straniera, con la conseguenza che non si applicano le norme del D.Lgs. 136/2016.

Tali norme si applicano, invece, nei casi in cui l'attività svolta in concreto consista in una prestazione transnazionale di servizi nei confronti di un destinatario situato sul territorio italiano, come avviene, ad esempio, negli appalti per montaggio, smontaggio dello stand, eventuale realizzazione delle strutture espositive.

Le nuove garanzie del Jobs act del lavoro autonomo

Con l'entrata in vigore in data 13 giugno 2017 del c.d. "Jobs act degli autonomi" (vedi NewsletterLavoro n. 5/2017), sono immediatamente applicabili la maggior parte delle disposizioni contenute nella legge 81/2017.

Sono già in vigore le disposizioni riguardanti l'applicazione degli interessi di mora superati i 30 giorni di mancato pagamento, le tutele contro le clausole e le condotte abusive, in base alle quali non possono essere previsti pagamenti oltre i 60 giorni e il committente non può modificare unilateralmente il contratto.

Con riferimento a quelle disposizioni già in vigore, ma per la cui operatività è necessario un atto amministrativo, come le misure che rientrano nell'ambito di operatività della gestione separata dell'Inps, tra cui l'estensione del congedo parentale da 3 a 6 mesi e su entrambi i genitori; l'accesso all'indennità di maternità anche se si continua a lavorare; la sospensione dei contributi in caso di malattia o infortunio gravi, è auspicabile che le circolari dell'Inps siano pubblicate in tempi brevi, anche se il diritto a beneficiare delle nuove condizioni non si perde e dovrebbe poter essere fruito a posteriori.

Infine, resta la fase relativa alle quattro deleghe contenute nella legge che dovranno essere attuate entro un anno. Si tratta della rimessione di atti pubblici alle professioni organizzate in ordini o collegi; dell'ampliamento del raggio di azione nell'ambito del welfare da parte delle Casse di previdenza dei professionisti; della semplificazione delle norme di sicurezza per gli studi professionali; della riduzione dei requisiti per le prestazioni di maternità e dell'indennità di malattia per gli iscritti alla gestione separata Inps.

Sono già operative le disposizioni sul lavoro agile, poiché la legge si occupa anche di lavoro dipendente, normando alcuni aspetti dell'attività svolta fuori ufficio.

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