

04 / 2019

DIRITTI & LAVORO

FLASH

idee e strumenti per il sindacato

A soccer ball with black and white panels is shown hitting a white goal net. The background is a blurred green field.

ZONA CESARINI

*Approvata in extremis
la direttiva UE sulla trasparenza
delle condizioni di lavoro.
Con molte incognite
sul suo futuro impatto*

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro ancora su CCNL e sindacati comparativamente più rappresentativi

La Cassazione sul mancato versamento delle ritenute fiscali

L'accordo quadro sui riders firmato a Firenze

La Cassazione su fatto contestato e licenziamento secondo il Jobs Act

04 Maggio - Giugno 2019

04

**C'è trasparenza e trasparenza:
gli obblighi di informazione
al tempo della gig economy**

di *Andrea Allamprese*
e *Silvia Borelli*

10

**Sottoscritto l'accordo quadro
dei riders di Firenze: un primo
passo verso la subordinazione
su piattaforma digitale?**

di *Marco Tufo*

13

**Nuovo intervento dell'Ispettorato
Nazionale del Lavoro sul tema della
"rappresentatività" dei sindacati
firmatari dei CCNL**

di *Adele Pasquini*

15

**Una buona notizia:
è il datore l'unico responsabile per il
mancato versamento delle trattenute
fiscali della busta paga**

di *Andrea Ranfagni*

18

**La Cassazione smonta un altro pezzo
del Jobs Act: la reintegra spetta anche
per un fatto privo di rilievo disciplinare**

di *Francesca Bassetti*

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

FLASH

A cura di

Centro Studi
"Diritti & Lavoro"

Direttore Scientifico

Prof. Giovanni Orlandini

Comitato Scientifico

Avv. Andrea Danilo Conte
Avv. Fabio Rusconi

In redazione

Francesca Bassetti
Giovanni Calvellini
Livia Irtinni
Adele Pasquini
Andrea Ranfagni
Marco Tufo

Progetto grafico

Dario D'Ovidio

Contatti

Centro Studi
Diritti & Lavoro
Via Lorenzo il Magnifico, 14
50129 - Firenze

web: dirittilavoro.it

email: dirittilavoro@gmail.com

Questo periodico è iscritto al
Reg. Trib. n° 5725 del 07/05/2009

Crediti fotografici

Per le immagini senza crediti
l'editore ha ricercato con ogni
mezzo i titolari dei diritti fotografici
senza riuscire a reperirli.
È ovviamente a completa
disposizione per l'assolvimento di
quanto occorre nei loro confronti.

C'è trasparenza e trasparenza

Gli obblighi di informazione al tempo della gig economy

di Andrea Allamprese e Silvia Borelli

1. L'iter legislativo

Il 16 aprile 2019, il Parlamento europeo ha approvato la Direttiva relativa a “condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’UE”. Il testo votato dal Parlamento è il risultato dell’accordo raggiunto dalla Commissione, dal Consiglio dell’UE e dallo stesso Parlamento (c.d. Trilogo). L’iter legislativo è stato attivato dalla Commissione, nell’ambito delle iniziative relative al Pilastro europeo dei diritti sociali (approvato a Göteborg il 17 novembre 2017). Va detto però che l’intenzione di modificare la Direttiva 91/533 relativa all’obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro era stata manifestata dalla Commissione già nel 2014 quando, nell’ambito del programma REFIT, si era deciso di sottoporre questa Direttiva a una c.d. *ex-post evaluation* (v. *Refit study to support evaluation of the written statement directive (91/533/EC). Final Report*, Marzo 2016). Nell’aprile 2017, la Commissione aveva pertanto iniziato la prima fase di consultazione delle parti sociali, obbligatoria ai sensi degli artt. 154 e 155 TFUE. Al termine della seconda fase di consultazione (iniziata nel settembre 2017), le parti sociali informavano la Commissione dell’impossibilità di raggiungere un accordo. La Commissione decideva quindi di presentare la propria proposta al Parlamento e al Consiglio dell’UE.

Gli Stati membri avranno a disposizione tre anni di tempo, a partire dalla pubblicazione della Direttiva sulla

Gazzetta ufficiale dell’UE (attesa entro la fine di giugno), per l’attuazione a livello nazionale.

2. L’ambito di applicazione della Direttiva

La Direttiva intende «migliorare le condizioni di lavoro promuovendo un’occupazione più trasparente e prevedibile, pur garantendo nel contempo l’adattabilità del mercato del lavoro» (art. 1, § 1). A tal fine, la Direttiva prevede l’obbligo, per il datore di lavoro, di informare i lavoratori su alcuni elementi essenziali del rapporto di lavoro (art. 4). La Direttiva stabilisce poi alcuni diritti minimi - in materia di durata del periodo di prova, divieto di clausole di esclusività, prevedibilità del lavoro, transizione a un altro lavoro, formazione - che dovrebbero applicarsi a tutti “coloro che hanno un contratto o un rapporto di lavoro” (art. 1, § 2). La Direttiva fa poi salva la possibilità, per gli Stati membri, di introdurre misure più favorevoli per i lavoratori, e vieta che il recepimento della stessa sia motivo per ridurre il livello generale di protezione riconosciuto ai lavoratori (c.d. clausola di non regresso; art. 20).

Il primo aspetto su cui merita soffermarsi riguarda l’ambito di applicazione della Direttiva. Come detto, questa dovrebbe applicarsi a tutti i lavoratori. Tale affermazione

trova tuttavia un riscontro solo parziale nelle norme della Direttiva. In primo luogo, ai sensi dell'art. 1, par. 3, gli Stati possono decidere di non applicare la Direttiva ai lavoratori il cui rapporto di lavoro sia di durata inferiore o uguale a 3 ore a settimana calcolate in un periodo di riferimento di quattro settimane consecutive. La deroga, seppure non si applica nei casi in cui non è stabilita «una quantità garantita di lavoro retribuito», rischia di essere, nei fatti, ben più estesa di quanto consentito: se un lavoratore viene infatti assunto con un contratto di 12 ore al mese e poi ne lavora 20, difficilmente farà causa al datore di lavoro perché ha violato l'obbligo di informazione. Ci auguriamo dunque che, nel recepire la Direttiva, il nostro paese non si avvalga di tale facoltà che peraltro pare violare il principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo parziale stabilito dal diritto UE.

Gli Stati membri possono inoltre prevedere, «su basi oggettive», che i diritti fissati nel capo III (in materia di durata del periodo di prova, divieto di clausole di esclusività, prevedibilità del lavoro, transizione a un altro lavoro, formazione), «non si applichino ai dipendenti pubblici, ai servizi di emergenza pubblici, alle forze armate, alle autorità di polizia, ai giudici, agli uffici dei pubblici ministeri e ad altri servizi di attuazione della legge» (art. 1, § 6). Anche in questo caso, ci si augura che il legislatore interno non si avvalga della deroga.

La Direttiva richiama poi la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE sulla nozione di lavoratore subordinato, inteso come «una persona [che] fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione» (sent. 4.12.2014, C-413/13, FNV, punto 34). Pertanto, i «lavoratori domestici, i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a voucher, i lavoratori tramite piattaforma digitale, i tirocinanti e gli apprendisti» rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva solo se soddisfano i criteri di subordinazione indicati in quella giurisprudenza (considerando 8). Nella sua pluridecennale giurisprudenza, la Corte di giustizia ha affermato che la qualificazione del contratto di lavoro si fonda sui fatti correlati all'effettiva prestazione di lavoro, e non sul modo in cui le parti descrivono il rapporto (C. giust. 13.1.2004, C-256/01, *Allonby*, § 71). Inoltre, «lo

status di «lavoratore» ai sensi del diritto dell'Unione non può essere pregiudicato dal fatto che una persona è stata assunta come prestatore autonomo di servizi ai sensi del diritto nazionale, per ragioni fiscali, amministrative o burocratiche» (C. giust. 4.12.2014, C-413/13, *FNV*, punto 36).

Il problema è capire quali sono i criteri che utilizza la Corte di giustizia per distinguere i «falsi lavoratori autonomi» dai «lavoratori effettivamente autonomi». Nel diritto UE, la questione è particolarmente rilevante perché si intreccia a un'altra vicenda: ai sensi del diritto della concorrenza, i lavoratori autonomi sono classificati come imprese; pertanto, i contratti collettivi che regolano tali lavoratori sono vietati in quanto impediscono, restringono o falsano il gioco della concorrenza (art. 101 TFUE).

Ciò trova conferma nel regolamento approvato nell'aprile 2019 dal Parlamento europeo, sull'equità e la trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, il quale si applica a qualsiasi «privato che agisce nell'ambito delle proprie attività commerciali e professionali» (art. 2). Ai lavoratori autonomi deve dunque applicarsi quest'ultimo regolamento che prevede obblighi di trasparenza a carico del fornitore di servizi di intermediazione online, quando questo stabilisce unilateralmente i termini e le condizioni della relazione contrattuale (considerando n. 14). La situazione di squilibrio contrattuale giustifica l'imposizione, a carico del fornitore di servizi di intermediazione online, dell'obbligo di comunicare le ragioni di sospensione o cessazione della fornitura dei servizi di intermediazione online (art. 3) e i parametri che determinano il posizionamento (art. 5). Il fornitore di servizi di intermediazione online deve poi rispettare una determinata procedura in caso di limitazione, sospensione o cessazione del servizio (art. 4) e garantire un sistema interno di gestione di reclami (art. 11). Le organizzazioni che rappresentano i lavoratori autonomi possono adire i giudici nazionali «per far cessare o vietare qualsiasi caso d'inadempienza» delle prescrizioni del regolamento (art. 14), o elaborare, con i fornitori di servizi di intermediazione online, codici di condotta (art. 17). Nel regolamento non è però prevista né la possibilità di stipulare contratti collettivi, né la possibilità, per gli Stati membri, di applicare disposizioni più favorevoli al

lavoratore.

Il diritto UE prevede dunque **due distinti modelli di regolazione del lavoro tramite piattaforma**: da un lato, per i “falsi” lavoratori autonomi, la Direttiva sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili prevede standard minimi di tutela che possono essere migliorati dagli Stati membri o mediante la contrattazione collettiva (sulla promozione del dialogo sociale v. anche l’art. 21, par. 4); dall’altro, per i lavoratori effettivamente autonomi, il regolamento sull’equità e la trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online non prevede alcuna clausola di salvaguardia di migliori standard di trattamento a favore dei lavoratori, né consente la contrattazione collettiva.

Il problema, di cui non ci si può occupare in questa sede, è che la definizione di “falso lavoratore autonomo” utilizzata per delimitare il campo di applicazione del diritto UE della concorrenza non pare in linea con quanto affermato dal Comitato europeo dei diritti sociali secondo cui il diritto alla contrattazione collettiva deve essere garantito in ogni caso in cui esiste uno squilibrio di potere tra il lavoratore e il committente (CEDS, reclamo collettivo n. 123/2016, par. 38).

Come detto, nella Direttiva su condizioni di lavoro trasparenti, la nozione di “falso lavoratore autonomo” coincide quella di “lavoratore”. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, i criteri rilevanti per definire chi è “lavoratore” sono due: la soggezione a un potere direttivo; l’inserzione della prestazione lavorativa nell’impresa del datore di lavoro. Altri elementi, quale il *nomen iuris* dato dalle parti al contratto di lavoro o il fatto che il lavoratore abbia o meno l’obbligo di rispondere alla chiamata del datore di lavoro (*Allonby*, § 72), sono invece irrilevanti. Nelle conclusioni del caso *Uber Spain* (11.5.2017, C-434/15, § 52), l’Avvocato generale ha poi sottolineato il fatto che «un controllo indiretto, come quello esercitato da Uber - fondato su incentivi finanziari e su una valutazione decentrata da parte dei passeggeri, con un effetto di scala - permette una gestione altrettanto, se non addirittura più efficace, di quella fondata su direttive formali impartite da un datore di lavoro ai suoi dipendenti e sul controllo diretto del rispetto delle medesime».

Su tutti questi elementi è opportuna una riflessione da parte delle corti nazionali, scontato che, nel nostro ordinamento, in virtù dell’art. 2 d. lgs. 81/2015, le disposizioni di recepimento della Direttiva dovranno applicarsi anche al lavoro etero-organizzato.

3. Il pericolo di deresponsabilizzazione del datore di lavoro

La Direttiva lascia agli Stati membri la possibilità di «determinare quali persone sono responsabili dell’esecuzione degli obblighi per i datori di lavoro», «purché tutti gli obblighi siano assolti» (art. 1, § 5). Gli Stati membri «possono inoltre decidere che tali obblighi siano, totalmente o in parte, assegnati a una persona fisica o giuridica che non è parte del rapporto di lavoro» (art. 1, § 5).

La disposizione prende atto di un problema reale: il fatto che, nella pratica, diverse persone fisiche o giuridiche possono esercitare i poteri datoriali (considerando n. 13). Tuttavia, anziché operare con la tecnica della responsabilità solidale, che avrebbe condotto a moltiplicare i soggetti obbligati ad adempiere agli obblighi datoriali, la Direttiva autorizza gli Stati a scegliere chi è responsabile per l’adempimento dell’obbligo di informazione, purché tale obbligo sia assolto. Di conseguenza, l’obbligo di informazione non deve necessariamente essere imputato al datore di lavoro. Si legittima cioè la dissociazione tra l’esercizio dei poteri datoriali e gli obblighi che dovrebbero sussistere in capo a chi esercita tali poteri, con il rischio di deresponsabilizzazione del datore di lavoro.

4. Il contenuto dell’obbligo di informazione

La Direttiva obbliga il datore di lavoro (o la persona indicata dallo Stato membro) a comunicare al lavoratore almeno una serie di informazioni (art. 4, § 2). È possibile dunque estendere le informazioni che devono essere fornite al lavoratore (considerando n. 15). Ciò è particolarmente rilevante nel caso del lavoro tramite piattaforme. La Direttiva non prevede infatti l’obbligo di comunicare i parametri che determinano il posizionamento (i.e. il *rating* dei lavoratori) e le ragioni per cui la piattaforma può decidere di sospendere o limitare la fornitura dei servizi

al lavoratore, come invece disposto dal regolamento sull'equità e la trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online. Analogamente, in occasione del recepimento della Direttiva, si potrebbero introdurre obblighi di informazione specifici per i lavoratori impiegati nell'ambito di un appalto, che attualmente la Direttiva ignora.

Nei casi in cui non vi sia un luogo fisso di lavoro, il datore di lavoro deve indicare che «il lavoratore è impiegato in luoghi diversi o è libero di determinare il proprio luogo di lavoro, nonché la sede o, se del caso, il domicilio del datore di lavoro» (art. 4, § 2, lett. b). Qualora l'orario di lavoro non sia predeterminato, il datore di lavoro deve invece comunicare: a) il numero minimo di ore di lavoro retribuite e la retribuzione per il lavoro svolto oltre tale numero minimo (art. 4, § 2, lett. m, punto i), aspetto particolarmente rilevante in caso di lavoro a chiamata in quanto, in futuro, il datore di lavoro dovrà indicare il numero minimo di ore garantite; b) il periodo in cui al lavoratore può essere imposto di lavorare (lett. m, punto ii); c) la durata minima del preavviso e il termine entro cui il datore di lavoro può revocare una chiamata (lett. m, punto iii); non è però fissata una durata minima del preavviso né le condizioni per la cancellazione).

Va inoltre segnalato che, secondo la nuova Direttiva, l'organizzazione e la distribuzione dell'orario sono determinati dal datore di lavoro (art. 2, lett. c). La Direttiva riconosce cioè, in capo al datore di lavoro, il potere di variare la collocazione temporale dell'orario di lavoro, come affermato da alcune pronunce della Cassazione, ma per il solo rapporto a tempo pieno (fra le tante, Cass. n. 21706/2005; Cass. n. 15517/2000).

Per i lavoratori distaccati o in missione in un altro Stato sono poi previste informazioni aggiuntive, da comunicare prima della partenza (art. 7). Di particolare rilievo, alla luce della nuova direttiva distacco (n. 957/2018), è l'obbligo di segnalare la retribuzione, le indennità specifiche per il distacco e le modalità di rimborso delle spese di viaggio, vitto e alloggio (art. 7, § 2, lett. a) e b). Altrettanto importante è l'obbligo di comunicare l'istituto di sicurezza sociale ove sono versati i contributi sociali; in caso di distacco transnazionale può infatti applicarsi

la legge del paese d'origine qualora siano soddisfatte le condizioni di cui all'art. 12 reg. 883/2004. Anche nel caso del distacco, ci si augura che il legislatore interno estenda l'obbligo di informazione per ricomprendere l'identità dell'utilizzatore o del committente, e il documento che attesta il sistema di sicurezza sociale cui il lavoratore rimane iscritto (c.d. formulario A1). È inoltre auspicabile che non venga fatto uso della deroga di cui all'art. 7, § 4 che consente di escludere gli obblighi di informazione in caso di distacco di durata inferiore a 4 settimane consecutive. Va tuttavia sottolineato che, in caso di distacco in Italia, gli obblighi di informazione sono disciplinati dalla legge del paese d'origine; se pertanto tale paese si avvale della deroga, nulla potrà essere imposto dal legislatore interno al datore di lavoro distaccante.

La Direttiva impone di adempiere all'obbligo di informazione per iscritto, entro il settimo giorno lavorativo (art. 5). In caso di modifica delle condizioni di lavoro, il datore di lavoro è tenuto a informare il lavoratore entro il giorno in cui la modifica diviene efficace. Tale regola non si applica tuttavia quando la modifica è connessa a variazioni della disciplina legale, amministrativa o del contratto collettivo (art. 6).

5. Gli altri diritti garantiti al lavoratore

Nel capo III, la Direttiva prevede ulteriori diritti a favore del lavoratore. Va tuttavia osservato che tali diritti possono essere derogati dai contratti collettivi di qualsiasi livello (anche aziendale), siglati da qualunque sindacato, qualora sia rispettato il «livello generale di protezione dei lavoratori» (art. 14).

L'art. 8, § 1 fissa a sei mesi la durata massima del periodo di prova. È tuttavia possibile oltrepassare tale soglia nei casi in cui la maggiore durata della prova è giustificata dalla natura del lavoro o nell'interesse del lavoratore (art. 8, § 3). Tra gli esempi riportati al considerando n. 28 figurano le posizioni dirigenziali, esecutive o nella pubblica amministrazione. Trattandosi di deroghe, ci si augura che ne venga fornita un'interpretazione restrittiva (non pare, in particolare, giustificata l'applicazione della deroga a tutto il pubblico impiego). Del pari, è contestabile che sia indicata la possibilità di estendere il periodo probatorio nel

caso di lavoratori giovani, per promuoverne l'occupazione a tempo indeterminato (sul punto v. C. giust. 19.7.2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia*).

In caso di lavoro a termine, il periodo di prova dev'essere riproporzionato; non è possibile inoltre prevedere un nuovo periodo di prova in caso di rinnovo del contratto a termine per le stesse mansioni (art. 8, § 2). Non è invece prevista alcuna regola antielusiva in caso di successione di appalti, di lavoratore precedentemente somministrato o di gruppo di imprese.

La nuova Direttiva non consente poi al datore di lavoro di vietare al lavoratore lo svolgimento di altre attività lavorative, salvo che sussistano ragioni obiettive connesse, ad esempio, a esigenze di tutela della sicurezza e della salute, di riservatezza, di integrità del servizio pubblico o di prevenzione di conflitti di interesse (art. 9, § 2).

L'art. 10 della Direttiva dispone che, qualora l'orario di lavoro non sia predeterminato, il datore può imporre al lavoratore di svolgere la prestazione lavorativa richiesta solo se: a) sia previsto il periodo del giorno o della settimana in cui al lavoratore può essere richiesto di lavorare (la Direttiva non prevede però una durata massima del periodo di disponibilità) e; b) al lavoratore sia dato un preavviso ragionevole la cui durata può variare "in funzione delle esigenze del settore interessato" (considerando n. 32). Se tali condizioni non sono soddisfatte, il lavoratore ha il diritto di rifiutare la chiamata, senza subire conseguenze negative.

Come detto, la disposizione si applica solo nei casi in cui vi è l'obbligo, per il lavoratore, di rispondere alla chiamata del datore di lavoro. Non dovrebbe dunque riguardare il lavoro tramite piattaforme in cui, di regola, il lavoratore può decidere di non connettersi o meno e, una volta connesso, di svolgere o meno la prestazione richiesta. In tali casi, non essendo previsto alcun obbligo di risposta alla chiamata, il lavoratore non dovrebbe subire alcuna conseguenza negativa per il suo rifiuto. Per questo, è essenziale che i criteri mediante cui è data, ai lavoratori, la possibilità di scegliere i turni di lavoro e sono poi assegnate le richieste pervenute alla piattaforma siano noti ai lavoratori.

L'art. 10, § 3 della Direttiva impone altresì agli Stati di assicurare al lavoratore una compensazione nel caso in cui

il datore di lavoro, dopo che il lavoratore ha accettato di svolgere un'attività richiesta, revochi tale richiesta, oltre un termine ragionevole (che la Direttiva non fissa). La Direttiva riconosce così, al datore di lavoro, un potere di variazione della durata dell'orario di lavoro concordato con il lavoratore che non ha riscontro nel nostro ordinamento.

Per evitare l'abuso di contratti di lavoro a chiamata o di altri contratti in cui il datore di lavoro ha il potere di chiamare il lavoratore in funzione delle proprie necessità (considerando n. 33), gli Stati membri devono prevedere una o più delle seguenti misure (art. 11): limitazioni all'uso e alla durata di tali contratti; la presunzione relativa di esistenza di un contratto di lavoro con un numero minimo di ore retribuite (sulla base delle ore lavorate a chiamata); misure equivalenti che assicurino l'effettiva prevenzione di prassi abusive. La disposizione pare particolarmente rilevante nel caso di lavoro tramite piattaforma. Nel nostro ordinamento, esistono infatti limiti all'uso del solo contratto di lavoro a chiamata di cui agli artt. 13 e ss. d. lgs. 81/2015. La disposizione della Direttiva ha invece un ambito di applicazione più esteso, riguardando tutti i casi in cui il datore di lavoro ha il potere di chiamare il lavoratore in funzione delle proprie necessità, fra cui rientra senz'altro il lavoro fornito tramite piattaforme come *Deliveroo* o *Uber*.

La Direttiva prevede poi il diritto di chiedere un lavoro a tempo indeterminato, ma solo per chi ha già lavorato per 6 mesi per lo stesso datore (art. 12, § 1); nel calcolo di tale periodo, non vengono espressamente ricompresi i periodi di lavoro a favore di altri datori di lavoro del gruppo, il precedente impiego in somministrazione o il caso della successione di appalti. La disposizione non pare particolarmente incisiva, dato che al datore di lavoro è richiesto solamente di rispondere per iscritto e motivare il rifiuto. Il considerando n. 36 precisa poi che gli Stati membri possono escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 12 il pubblico impiego.

La Direttiva prevede infine che la formazione sia fornita gratuitamente, possibilmente durante l'orario di lavoro, e sia comunque considerata come orario di lavoro. Non viene tuttavia introdotto alcun obbligo di formazione per il datore di lavoro (art. 13).

6. Le misure a garanzia dei diritti

Nell'ultima parte, la Direttiva contiene una serie di disposizioni dirette ad assicurare un'efficace tutela dei diritti garantiti dalla stessa. In caso di violazione dell'obbligo di informazione, gli Stati membri devono prevedere almeno uno dei seguenti rimedi (art. 15): la possibilità, per il lavoratore, di sporgere denuncia a un'autorità competente e di ricevere tempestivamente un rimedio adeguato, o una presunzione "relativa" a favore del lavoratore che può «comprendere la presunzione che il lavoratore ha un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, che non vi è un periodo di prova o che il lavoratore ha una posizione a tempo pieno, laddove le pertinenti informazioni siano mancanti» (considerando n. 39). Gli Stati possono tuttavia subordinare la presunzione al fatto che al datore di lavoro sia stato notificato l'inadempimento e non abbia tempestivamente fornito le informazioni mancanti.

Gli Stati devono altresì introdurre misure dirette a tutelare il lavoratore che ha denunciato la violazione dei diritti garantiti dalla Direttiva, da ogni conseguenza sfavorevole (art. 17). In particolare, in tali casi è vietato il licenziamento o altra misura equivalente (ad esempio, il fatto che un lavoratore intermittente non riceva più chiamate: considerando n. 43).

Non si comprende poi la regola secondo cui i lavoratori che ritengono di essere stati licenziati per il fatto di aver esercitato i diritti di cui alla Direttiva «possono chiedere al datore di lavoro di fornire i motivi debitamente giustificati del licenziamento equivalente» (art. 18, § 2). L'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE prevede infatti che il licenziamento debba sempre essere giustificato. Per gli stessi motivi, in caso di licenziamento, non pare rilevante la parziale inversione dell'onere della prova di cui all'art. 18, § 3: dovrebbe sempre spettare al datore di lavoro la prova del licenziamento. ■

FLASH

Interpello del Ministero del Lavoro sui controlli a distanza

È sempre necessaria l'autorizzazione dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro (ITL) per poter installare sistemi di videosorveglianza nei luoghi di lavoro. Questo quanto di recente chiarito in una nota dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro ha proposto istanza di interpello al Ministero per conoscere il parere di quest'ultimo in merito alla configurabilità della fattispecie del silenzio-assenso alla richiesta di autorizzazione all'installazione ed utilizzo degli impianti audiovisivi e degli altri strumenti di cui all'attuale art. 4 SL: in particolare, è stato chiesto se il silenzio dell'ITL, in relazione all'istanza di autorizzazione, possa essere considerato un assenso tacito all'istanza medesima in virtù del quale, trascorso un certo lasso di tempo, l'impresa richiedente possa procedere all'installazione degli impianti richiesti. Ebbene, con l'Interpello N. 3 dell'8/5/2019, il Dicastero ha reso parere negativo, affermando che, per installare lecitamente un sistema di videosorveglianza sul luogo di lavoro, è sempre necessario un provvedimento espresso, sia di accoglimento, sia di rigetto della relativa istanza, da parte dell'Ispettorato del Lavoro competente. Secondo il Ministero, infatti, le disposizioni contenute nell'art. 4 SL mirano ad evitare che l'attività lavorativa risulti impropriamente e ingiustificatamente caratterizzata da un controllo continuo e anelastico, tale da eliminare ogni profilo di autonomia e riservatezza nello svolgimento della prestazione di lavoro e sono pertanto finalizzate a contemperare, da un lato, le esigenze datoriali, dall'altro, la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore sul luogo di lavoro. Per tali ragioni l'impresa richiedente deve corredare l'istanza con l'indicazione delle ragioni e delle esigenze per cui intende dotarsi di impianti di controllo a distanza nei luoghi di lavoro e l'ITL deve quindi verificare in concreto la sussistenza o meno dei requisiti di legge per il rilascio dell'autorizzazione e, all'esito di tale verifica, emanare un provvedimento espresso di accoglimento o di rigetto. Il Ministero ha dunque concluso che l'istituto del silenzio-assenso non opera nei casi di autorizzazioni richieste ai sensi dell'art. 4 SL, come peraltro già chiarito dalla Direzione Generale per l'attività ispettiva dello stesso, con la nota n. 7162 del 16/04/2012, e dal Garante per la Protezione dei Dati Personali, con il provvedimento generale sulla videosorveglianza dell'8 aprile 2010. In sostanza, negando il ricorso al silenzio-assenso, l'Interpello N. 3 del 2019 mira ad evitare che l'attività lavorativa possa essere controllata in modo improprio ed ingiustificato, tentando di garantire, nei limiti del possibile, la tutela del diritto alla privacy di tutti i presenti sul luogo di lavoro.

Sottoscritto l'accordo quadro dei riders di Firenze: un primo passo verso la subordinazione su piattaforma digitale?

di Marco Tufo

In data 8 maggio 2019 è stato sottoscritto a Firenze dalla società Laconsegna srls e dalle federazioni del settore dei trasporti aderenti a CGIL, UIL e CISL (FILT, UILTRASPORTI e FIT) un accordo quadro sperimentale per la Provincia di Firenze, e successivamente anche per la Regione Toscana, teso a regolare importanti profili del rapporto di lavoro degli addetti alla distribuzione delle merci con cicli, ciclomotori e motocicli, ossia, in altre parole, dei c.d. *riders* operanti tramite piattaforma digitale. L'accordo dà attuazione a quanto previsto dall'Accordo nazionale sui *riders*, concluso dai medesimi sindacati con le associazioni datoriali sottoscrittrici del CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizione il 18 luglio 2018, il quale aveva delegato alla contrattazione di secondo livello, vista la peculiarità delle fattispecie trattate, una loro più puntuale regolamentazione.

Innanzitutto, l'accordo dà conto di come, finora, i *riders* siano stati assunti dalle aziende in qualità di collaboratori coordinati e continuativi e di come le poche pronunce giudiziali in materia (Tribunale e Corte di Appello di Torino; Tribunale di Milano), con differenti argomentazioni, abbiano rigettato la qualificazione degli

stessi quali lavoratori subordinati, ammettendo al limite l'applicazione della disciplina sulle collaborazioni eterorganizzate, di cui all'art. 2, comma 1, D.lgs. n. 81/2015 (in tal senso, si ricorda la nota sentenza della Corte di Appello di Torino n. 26 del 4 febbraio 2019). Sotto questo profilo, l'accordo va in controtendenza, prevedendo espressamente: che il rapporto di lavoro dei *riders* "è esclusivamente di tipo subordinato ed afferente al CCNL Merci, Logistica e Spedizioni"; che i *riders* sono inquadrati, secondo il loro CCNL, nell'Area Professionale C; che, di conseguenza, viene esclusa la formalizzazione dei loro rapporti mediante ricorso al contratto di collaborazione coordinata e continuativa. Le parti dell'accordo in commento, comunque, dimostrano di essere consapevoli del carattere discontinuo delle prestazioni dei *riders*, il quale, tuttavia, non inciderebbe sulla subordinazione, essendo questi assimilabili al "personale viaggiante impiegato in mansioni discontinue a norma del R.D.L. 15.3.1923 n. 692, R.D. 10.9.1923, n. 1953, R.D. 6.12.1923, n. 2657, il cui tempo di lavoro effettivo non coincide con i tempi di presenza a disposizione in ragione di oggettivi vincoli di organizzazione dell'attività di impresa e della

tipologia di merce commerciata". In effetti, tra le attività elencate dalla normativa appena richiamata, vi è la figura dei "fattorini", nella quale ben possono rientrare i più moderni *riders*. L'accordo, dunque, si prefigge lo scopo di disciplinare un orario di lavoro per i *riders*, che tenga conto dei periodi di interruzione tra una consegna e l'altra, sia al fine di "salvaguardare la produttività, l'efficienza e la flessibilità di impegno dei lavoratori e dunque favorire la fase di avviamento commerciale della società datoriale e le esigenze dei lavoratori", sia per "far emergere forme di lavoro irregolare".

Va premesso che nel contratto *de quo* l'orario di lavoro è definito come "Il tempo dedicato a tutte le operazioni di trasporto del prodotto, dal ritiro del prodotto alla guida e la consegna del prodotto stesso", rimanendone esclusi tutti i tempi non ricompresi in tale definizione.

L'orario normale di lavoro, in caso di contratto *full-time*, è fissato in 39 ore settimanali, distribuibile sino a un massimo di 6 giorni a settimana e conguagliabile nell'arco di tre mesi, fermo restando che la durata medio massima della fascia oraria settimanale non può superare le 48 ore comprensivo di straordinario, come normalmente previsto per i contratti a tempo pieno. Vengono poi fissate due fasce orarie, una, dalle 11,30 alle 15,00, per il servizio distribuzione pranzo, l'altra, dalle 18,30 alle 23,30, per il servizio distribuzione cena. In tali fasce il lavoratore potrà essere chiamato a lavorare da un minimo di 2 ore a un massimo di 8 giornaliere, che potrebbero essere elevate a 10 in caso di adibizione per parte della prestazione ad attività di magazzino. In ogni caso, l'orario minimo di lavoro

indicato nel contratto, per come definito sopra, dovrà essere di almeno 10 ore settimanali, con possibilità di variane la distribuzione in relazione alle necessità dell'azienda e alle esigenze del lavoratore, da concordarsi settimanalmente tra le parti.

Come si è accennato, per sua natura, l'attività dei *riders* richiede tempi, anche lunghi, in cui il lavoratore, pur non svolgendo alcuna prestazione e potendosi anche allontanare dalla sede aziendale, rimane a disposizione del datore di lavoro per rispondere alle chiamate con le quali gli si chiedi di eseguire una nuova prestazione. L'accordo precisa che durante questi momenti il lavoratore non è obbligato a rimanere presso i locali aziendali e, quindi, può allontanarsi, ma deve sempre rispondere alle richieste di ripresa dell'attività. Per i periodi di disponibilità l'accordo prevede una indennità oraria pari ad Euro 0,60 lordi, che non verrà riconosciuta se il *rider* non risponderà positivamente alle chiamate.

Mediante un allegato l'accordo stabilisce anche alcuni criteri spaziali sulla base dei quali calcolare i tempi medi di lavoro per ogni consegna. Così, seguendo uno schema a cerchi concentrici, viene indicata un'Area 1, comprensiva dell'area geografica intorno al punto di ritiro della merce fino alla distanza massima di circa 2 km di percorrenza; un'Area 2, identificata esternamente all'Area 1, fino alla distanza massima dal punto di ritiro di circa 5 km di percorrenza; un'Area 3, tale da comprendere tutta l'area identificata esternamente all'Area 2, fino alla distanza massima dal punto di ritiro di circa 8 km di percorrenza. Nell'identificare siffatte aree si terrà conto anche di fattori

correttivi dovuti alla viabilità stradale e ad ostacoli fisici, come fiumi e ferrovie. Dunque, i tempi di lavoro *standard* da utilizzare per calcolare il tempo effettivo di lavoro saranno: 1) 7 minuti per ogni consegna nell'Area 1; 2) 12 minuti per ogni consegna nell'Area 2; 3) 20 minuti per ogni consegna nell'Area 3.

Infine, l'accordo prevede anche il riconoscimento di un premio mensile per il numero di consegne effettuate, di valore pari alla differenza tra il lordo del compenso derivante dalle ore lavorate e i parametri indicati in una specifica tabella allegata e variabili, appunto, in relazione al numero di consegne, cui dovrà aggiungersi, sempre sulla base del criterio del numero di consegne, un rimborso spese per l'utilizzo del mezzo di proprietà del lavoratore, oltre a un rimborso (pari a 1 Euro per mese lavorato) in ragione dell'uso della *app* installata sul telefonino del *rider*.

L'accordo in commento costituisce un importante passo avanti nella regolamentazione del lavoro su piattaforma digitale, prevedendo a favore dei *riders* una disciplina dettagliata soprattutto in merito a due degli aspetti maggiormente problematici per questo settore, ossia l'orario di lavoro e la retribuzione. Da questo punto di vista, a una prima analisi, si può esprimere cauto ottimismo rispetto a iniziative di questo genere che, peraltro, dimostrano la vivacità dei sindacati maggiormente rappresentativi rispetto a un fenomeno, quello del lavoro digitale, che fino a poco tempo fa era campo d'azione solamente per nuove forme di aggregazione tra lavoratori, le quali avevano comunque

già prodotto qualche risultato (si fa riferimento, ad esempio, alla Carta dei diritti fondamentali dei lavoratori digitali nel contesto urbano di Bologna). L'accordo di Firenze, dunque, potrà ben essere preso a modello da altre realtà territoriali per regolare il lavoro dei *riders*. Del resto, è esso stesso a porre come ambito territoriale di propria applicazione non solo la Provincia di Firenze ma, in prospettiva, tutta la Regione Toscana.

Con favore, indubbiamente, deve vedersi anche la qualificazione dei *riders* come lavoratori subordinati. Tuttavia, è opportuno sul punto segnalare alcune perplessità, che potrebbero limitare la portata applicativa dell'accordo. Va infatti osservato che un contratto collettivo, in ossequio al principio di indisponibilità del tipo, non può qualificare a prescindere rapporti di lavoro nel senso o meno della subordinazione. In altre parole, la circostanza che un contratto di lavoro sia subordinato o autonomo non può essere stabilita *a priori*, dovendosi vedere come il rapporto di fatto si atteggi nel caso concreto. Simili dubbi, che hanno messo in discussione la sua costituzionalità, sono stati sollevati rispetto all'art. 2, comma 2, lett. a), D.lgs. n. 81/2015, il quale esclude l'applicazione della disciplina delle collaborazioni eterorganizzate per quelle "collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore". Come si vede, l'accordo sembra aver

fatto applicazione della disposizione richiamata, sebbene non la richiami espressamente. Pare allora che l'accordo debba leggersi come fonte dell'obbligo del datore di lavoro stipulante, Laconsegna srls, ad assumere *riders* esclusivamente con contratto di lavoro subordinato. Ad ogni modo, indipendentemente dalla possibilità di fissare un simile obbligo, è indubbio che le regole pattizie di cui all'accordo collettivo varranno certamente per i *riders* subordinati, i quali, quindi, si vedranno applicare una disciplina, soprattutto in tema di orario di lavoro e retribuzione, peculiare, che tiene conto della discontinuità della loro prestazione. Su un piano più generale, vi è da segnalare come il recupero delle vecchie normative, indicate dall'accordo, sui lavoratori che ricoprono mansioni discontinue, tra i quali vengono annoverati anche i fattorini, dimostri che nel lavoro digitale a cambiare non siano tanto le attività svolte, che rimangono quelle tradizionali, quanto il linguaggio e le strategie datoriali, le quali finiscono per far apparire come una novità qualche cosa che in realtà non lo è. ■

Nuovo intervento dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro sul tema della “rappresentatività” dei sindacati firmatari dei CCNL

di Adele Pasquini

Con Circolare n. 7 dello scorso 06 maggio 2019, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL) è tornato ad affrontare uno dei temi più discussi e controversi dell'attuale panorama giuslavorista: la delicata questione della rappresentatività dei sindacati che sottoscrivono i contratti collettivi.

Come ormai ben noto, la concorrenza tra i diversi contratti esistenti nel medesimo settore ha causato negli anni una preoccupante competizione al ribasso (il cosiddetto *dumping* contrattuale), determinata da accordi negoziati e firmati da sindacati minori, privi di una reale rappresentatività, con la finalità di costituire un'alternativa rispetto al contratto collettivo nazionale di lavoro, in modo tale da consentire alle aziende di assumere formalmente la posizione giuridica - e i relativi vantaggi - di chi applica un contratto collettivo. In altre parole, si tratta di contratti attraverso i quali le organizzazioni minoritarie dei lavoratori scambiano il riconoscimento contrattuale con la definizione di trattamenti sia economici che normativi meno onerosi per le imprese.

È nel quadro appena descritto che l'ordinamento italiano ha riservato l'applicazione di determinate agevolazioni e discipline alla sottoscrizione o applicazione di contratti collettivi da parte di organizzazioni dotate del requisito della *maggiore rappresentatività in termini comparativi*. Se da un punto di vista teorico, la nozione *de qua* sembra essere chiara e facilmente individuabile, da un punto di vista pratico, si scontra con le diverse realtà aziendali che finiscono per renderla una “scatola vuota”, in attesa di chiarimenti che ancora oggi tardano ad arrivare.

Il più attivo al riguardo sembra essere l'Ispettorato Nazionale del Lavoro che, con Circolare n. 3/2018 (prima) e n. 7/2019 (poi), ha cercato di fare un po' di chiarezza, segnalando talune fattispecie normative, di rilievo per l'attività ispettiva, nelle quali è richiesto il requisito della rappresentatività comparata.

La prima ipotesi evidenziata riguarda i contratti di prossimità, di cui all'art. 8 del D.l. n. 138/2011, in relazione ai quali l'organo di vertice delle ispezioni riprende l'orientamento del Ministero del lavoro (nota n. 10599 del 24 maggio 2016). Eventuali contratti sottoscritti da soggetti non “abilitati”, precisa l'INL, non possono produrre gli effetti derogatori *“alle disposizioni di legge (...) ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro”*. Ne consegue che il personale ispettivo, in sede di accertamento, dovrà considerare come del tutto inefficaci detti contratti, adottando i conseguenti provvedimenti (come recuperi contributivi e diffide accertative).

Nel medesimo provvedimento, l'INL ritiene utile evidenziare anche la facoltà, rimessa esclusivamente alla contrattazione collettiva in questione, di “integrare” o derogare la disciplina normativa di numerosi istituti. A tal proposito si ricorda anzitutto che l'art. 51 del D.lgs. n. 81/2015 - recante, tra l'altro, la *“disciplina organica dei contratti di lavoro (...)”* - stabilisce che *“salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla*

rappresentanza sindacale unitaria". Pertanto, ogniqualvolta la legge rimette alla "contrattazione collettiva" il compito di integrare la disciplina delle tipologie contrattuali, gli interventi di contratti privi del requisito della maggiore rappresentatività in termini comparativi non hanno alcuna efficacia. Ciò può avvenire, a titolo esemplificativo, in relazione al contratto di lavoro intermittente, al contratto a tempo determinato o a quello di apprendistato. Ne consegue che l'eventuale disciplina derogatoria o integrativa dettata da un contratto collettivo che non è leader nel settore non può trovare applicazione in luogo di quella stabilita dalla legge. Ciò potrà comportare, conclude l'INL, la mancata applicazione degli istituti di flessibilità previsti dal D.lgs. n. 81/2015 e, a seconda delle ipotesi, anche la "trasformazione" del rapporto di lavoro in quella che, ai sensi dell'art. 1 dello stesso Decreto, costituisce "la forma comune di rapporto di lavoro", ossia il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato".

Infine e per quel che qui interessa, l'applicazione di contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni dotate del requisito detto è condizione per il godimento di "benefici normativi e contributivi", come stabilito dall'art. 1, co. 1175, Legge n. 296/2006.

È in relazione a queste ultime agevolazioni che l'Ispettorato del Lavoro - con la recente e qui commentata Circolare n. 7/2019 - ha interpretato in modo estensivo il concetto di *maggior rappresentatività*, svincolandosi dal requisito formale dello stesso.

Per l'INL non ci sono dubbi: al di là del rispetto formale e integrale dei contratti, ciò che conta ai fini del riconoscimento dei predetti incentivi sono i trattamenti economici e normativi effettivamente e sostanzialmente riconosciuti ai lavoratori.

La condizione del rispetto degli "accordi e contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale", richiamata espressamente dalla normativa in commento, può ritenersi soddisfatta dai datori di lavoro che, pur non applicando formalmente il contratto *leader* di settore, si sono obbligati a corrispondere ai dipendenti dei trattamenti economici e normativi equivalenti o superiori

a quelli previsti da tali contratti.

Saranno dunque gli Ispettori a poter e dover valutare caso per caso il trattamento sostanziale riservato ai lavoratori qualora il datore applichi un CCNL non firmato dalle organizzazioni più rappresentative, prima di negare l'eventuale riconoscimento dei benefici previsti dalla normativa vigente. Il che apre scenari non proprio rassicuranti, visto che una simile valutazione è assai complessa e inevitabilmente fondata su giudizi opinabili; da cui il rischio di un incremento del contenzioso in merito.

Insomma, è ancora molto lontano l'obiettivo che con criterio della maggior rappresentatività "comparata" il legislatore si era prefissato di raggiungere: ostacolare la concorrenza al ribasso e la formazione dei cosiddetti contratti "pirata", purtroppo ancora protagonisti dell'attuale mercato del lavoro. ■

Una buona notizia: è il datore l'unico responsabile per il mancato versamento delle trattenute fiscali della busta paga

di Andrea Ranfagni

Buone notizie per i lavoratori, ogni tanto verrebbe da dire

Con la Sentenza n. 10378 del 12 aprile 2019 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha affermato il principio secondo il quale nel caso in cui il datore di lavoro non abbia versato all'erario le trattenute fiscali effettuate nella busta paga dei propri dipendenti, egli resta l'unico soggetto responsabile, con la conseguenza che l'Agenzia delle Entrate potrà effettuare il recupero solo nei suoi confronti non anche dei dipendenti, i quali saranno estranei al procedimento di recupero.

Come noto, nella busta paga mensile lo stipendio è quantificato sia al lordo che al netto. Il lavoratore percepisce il netto, ovvero il risultato dello stipendio fissato dal CCNL, detratto quanto dovuto per trattenute fiscali, quali Irpef e Addizionali Comunali e Regionali. Trattenute che costituiscono il cosiddetto "acconto" delle tasse sul reddito da lavoro dipendente dovute dal lavoratore, il quale, poi, a seguito di dichiarazione dei redditi, alla luce di quanto guadagnato al termine dell'anno e di quanto portato in detrazione (ad esempio, spese mediche o mutuo), sarà tenuto a integrare il pagamento con ulteriori somme che lui, in prima persona, verserà mediante F23 o, al contrario, nel caso in cui si accerti che gli acconti mensili versati dal datore di lavoro sono più del dovuto, godrà di un

credito verso l'erario da portare poi a compensazione su futuri debiti o che potrà vedersi liquidato direttamente e subito.

La fattispecie di cui si è occupata la Cassazione è quella, appunto, del caso in cui il datore di lavoro non versi le trattenute mensili indicate in busta paga. Circostanza, quest'ultima, spesso ignota ai dipendenti, dal momento che non viene mai fornita loro la dimostrazione dell'effettivo versamento delle trattenute. I lavoratori, quindi, restano all'oscuro della circostanza se il datore di lavoro abbia o meno versato le ritenute.

Sino alla pronuncia della Cassazione in commento, l'orientamento prevalente era quello di ritenere sussistente una responsabilità solidale tra datore di lavoro e lavoratore, con la conseguenza che l'Agenzia delle Entrate poteva agire nei confronti sia del dipendente che dell'azienda o amministrazione, per il recupero delle trattenute.

Pur essendo poco diffusa nella prassi la dinamica, il lavoratore rischiava così di dover pagare le trattenute in prima persona, senza però averle mai percepite. La conseguenza, quindi, era quella che il lavoratore si trovava a guadagnare di fatto di meno, posto che, appunto, le trattenute non erano state percepite direttamente, ciò che era stato percepito era solo il netto e, quindi, andava a pagare "di tasca propria" ulteriori somme che già gli erano state tolte, di fatto vedendosi ridotto il proprio netto mensile percepito.

Questo orientamento era stato espresso anche di recente dalla Corte di Cassazione (si vedano le Sentenze n. 12076/2016, 9933/2015).

Secondo tale indirizzo l'obbligo di versare l'acconto delle tasse trattenute in busta paga è unico e, quindi, non disponendo la legge diversamente, non potrebbe che ritenersi sussistente una responsabilità tanto del datore di lavoro, quanto del lavoratore, ai sensi dell'art. 1294 cc.

Le Sezioni Unite della Cassazione, come detto, hanno però ora disatteso tale orientamento.

Nella sentenza in commento si sottolinea come il precedente orientamento partisse da un presupposto sbagliato, non considerando che la sostituzione d'imposta (tale è definita l'operazione effettuata dal datore di lavoro nel momento in cui si "sostituisce", appunto, al lavoratore nel pagare l'acconto delle tasse; di qui il termine "sostituito" con riferimento al lavoratore e di "sostituto" con riferimento al datore di lavoro) sia cosa ben diversa dalla solidarietà nell'imposta, intesa nel suo insieme (vale a dire acconto più saldo).

Posto ciò, la Suprema Corte ha osservato come dalla legge emerga, al contrario di quanto sostenute dalle precedenti sentenze, un'unica responsabilità del datore di lavoro per la distinta obbligazione di pagare l'acconto.

Tale unica responsabilità, in particolare, la si deduce dal fatto che l'art. 64, comma 2, D.P.R. n. 600/1973 ("Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi") prevede una eccezionale facoltà di intervento del sostituto (ovvero il lavoratore) nell'ambito del procedimento relativo all'accertamento dell'imposta oggetto di sostituzione.

Essendo prevista una facoltà (non un obbligo) d'intervento, se ne deduce che il soggetto passivo del procedimento, quindi l'unico titolare dell'obbligo di versare la trattenuta, sia il sostituto, quindi il datore di lavoro. Da qui l'esclusione della solidarietà.

Le Sezioni Unite della Cassazione, poi, osservano come tale conclusione sia coerente con altre regole sancite dalla normativa fiscale. Il riferimento è all'art. 35 del D.P.R. n. 602/1973 ("Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito"), il quale afferma che sussiste una responsabilità solidale tra sostituto e sostituito (quindi, nel nostro caso, tra datore di lavoro e lavoratore) nel caso in cui il sostituto (il datore di lavoro) non abbia effettuato alcuna trattenuta.

L'assenza di una simile espressa previsione per il caso in cui la trattenuta sia stata fatta, ma non versata, induce così a ritenere che in quest'ultimo caso la responsabilità solidale non ci sia.

L'argomentazione più rilevante della Suprema Corte, comunque, pare essere il richiamo all'art. 22, D.P.R. n. 917/1986, il quale riconosce il diritto del sostituto (il lavoratore) a vedersi scomputate dall'imposta sul reddito dovuta, ciò che è stato anticipato a titolo di acconto dal sostituto (il datore di lavoro).

La Cassazione, infatti, nel ricordare la disposizione in questione effettua la "sacrosanta" considerazione per cui sarebbe stato legislativamente contraddittorio riconoscere il diritto a scomputare l'acconto, ma, allo stesso tempo, gravare il sostituto della responsabilità solidale se tale acconto non viene versato.

La Corte di Cassazione, quindi, con la sentenza in commento è andata a riconoscere un principio fondamentale e giustissimo. Il lavoratore potrà ora godere di maggiori certezze e soprattutto potrà stare tranquillo di non dover pagare lui le trattenute, nonostante le abbia già subite in busta paga, con conseguente riduzione del netto mensile.

Questo vale, appunto, nel caso in cui il lavoratore abbia percepito il netto, quindi nella busta siano state presenti le ritenute fiscali. Diverso il discorso - e la sentenza in commento lo fa presente - quando invece il lavoratore percepisce tutta la retribuzione lorda, quindi non solo il netto, ma percepisce anche quelle che dovevano essere trattenute da versare allo Stato.

In questo caso, la Cassazione mantiene il proprio orientamento secondo il quale qui sussiste una responsabilità solidale tra datore di lavoro e lavoratore, con la conseguenza che il lavoratore può essere destinatario di un'azione di recupero delle trattenute fiscali non effettuate dal datore di lavoro.

Analogo discorso nei casi di lavoro a nero. Qui, come noto, la busta paga non c'è e il lavoratore percepisce "a nero" soldi. Anche in questo caso, il dipendente potrà subire un recupero da parte dell'Agenzia delle Entrate.

Quest'ultimo orientamento - non smentito dalla sentenza in commento - è comunque discutibile dal momento che il lavoro a nero è una forma di irregolarità e di sfruttamento posta in essere dal datore di lavoro, che, come tale, dovrebbe essere ritenuto l'unico responsabile.

Un caso particolare, non considerato dalla decisione in analisi, ma oggi sempre più frequente, è poi quello del recupero dello stipendio mediante una procedura esecutiva, ovvero mediante un pignoramento presso terzi o mobiliare o immobiliare.

L'orientamento, ormai pacifico, della Corte di Cassazione è quello secondo il quale tutte le volte in cui il lavoratore agisce per il recupero di crediti di lavoro deve sempre farlo al lordo delle ritenute fiscali. Questo fa sì che il credito

venga quantificato al lordo e quindi l'eventuale recupero forzoso consentirà di poter poi assolvere anche all'onere fiscale, senza tuttavia rimetterci.

Ciò che quindi il lavoratore recupera da una procedura esecutiva dovrà poi essere oggetto di dichiarazione dei redditi, con pagamento eventuale e diretto delle tasse, tanto dell'acconto, quanto del saldo.

Da evidenziare, comunque, che nei casi di pignoramento presso terzi, l'Agenzia delle Entrate ha affermato con proprie circolari che qualora il soggetto terzo (creditore del datore di lavoro) provveda a pagare al lavoratore ciò che doveva al datore di lavoro e sia esso un soggetto in grado di effettuare la sostituzione d'imposta, la trattenuta verrà fatta dal medesimo senza oneri in tal senso per il lavoratore. ■

FLASH

LA CASSAZIONE RIBADISCE CHE È LECITO REGISTRARE I COLLOQUI CON I COLLEGI A LORO INSAPUTA

Secondo quanto di recente affermato dalla Corte di Cassazione, con sentenza n. 12534 del 10/5/2019, è legittima – e quindi inidonea ad integrare un illecito disciplinare - la condotta del lavoratore che registra conversazioni e/o video sul luogo di lavoro all'insaputa dei propri colleghi purché tali registrazioni siano necessarie per tutelare la propria posizione all'interno dell'azienda e per preconstituersi un mezzo di prova.

Nelle controversie di lavoro può, infatti, capitare che il lavoratore produca in giudizio delle registrazioni fonografiche di colloqui intercorsi con il datore di lavoro oppure con i suoi colleghi e spesso si tratta di registrazioni effettuate dallo stesso in forma occulta per cui diventa essenziale comprendere se e quando tali registrazioni sono lecite. In linea generale, la Corte di Cassazione (in questo senso per es. Cass. 10/5/2018 n. 11322; Cass. 29/12/2014 n. 27424) ritiene che la registrazione di una conversazione effettuata all'insaputa dell'interlocutore sia legittima e possa essere validamente utilizzata in sede processuale, qualora essa sia necessaria per tutelare o far valere un diritto in sede giudiziaria. È tuttavia fondamentale che la registrazione venga effettuata da uno dei soggetti che partecipano alla conversazione. La pronuncia della Corte qui in commento si pone nel solco già tracciato da questi precedenti giurisprudenziali e trae origine dalla vicenda di un dirigente licenziato per giusta causa per aver, tra le altre cose, registrato sistematicamente i colloqui con i suoi colleghi di lavoro a loro insaputa. Il lavoratore aveva impugnato giudizialmente il licenziamento, ma sia il Tribunale, sia la Corte d'Appello avevano riconosciuto la legittimità del recesso intimatogli.

La Corte di Cassazione, ribaltando parzialmente quanto stabilito dalla Corte d'Appello, ha affermato che l'utilizzo a fini difensivi di registrazioni di colloqui tra il dipendente ed i colleghi sul luogo di lavoro non necessita del consenso dei presenti. Ciò in ragione dell'imprescindibile necessità di bilanciare le contrapposte istanze della riservatezza da una parte e della tutela giurisdizionale del diritto dall'altra e, pertanto, di contemperare la norma sul consenso al trattamento dei dati con le formalità previste dal codice di procedura civile per la tutela dei diritti in giudizio.

La Suprema Corte ha quindi ritenuto di accogliere la censura relativa alla ritenuta illiceità tout court delle registrazioni di conversazioni fra colleghi addebitate al dirigente e di dare continuità all'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale "l'utilizzo a fini difensivi di registrazioni di colloqui tra il dipendente e i colleghi sul luogo di lavoro non necessita del consenso dei presenti, in ragione dell'imprescindibile necessità di bilanciare le contrapposte istanze della riservatezza da una parte e della tutela giurisdizionale del diritto dall'altra e pertanto di contemperare la norma sul consenso al trattamento dei dati con le formalità previste dal codice di procedura civile per la tutela dei diritti in giudizio". Ne consegue – prosegue la Corte - che è legittima la condotta del lavoratore che abbia effettuato tali registrazioni per tutelare la propria posizione all'interno dell'azienda e per preconstituersi un mezzo di prova, rispondendo la stessa, se pertinente alla tesi difensiva e non eccedente le sue finalità, alle necessità conseguenti al legittimo esercizio di un diritto.

La Cassazione smonta un altro pezzo del Jobs Act: la reintegra spetta anche per un fatto privo di rilievo disciplinare

di Francesca Bassetti

Con una recente sentenza, la Corte di Cassazione ha sancito l'applicazione anche ai lavoratori assunti dal 7 marzo 2015, e perciò soggetti alla disciplina del licenziamento di cui al d.lgs. 23/2015 (c.d. "tutele crescenti"), dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, nella aziende con oltre 15 dipendenti, al lavoratore licenziato per un motivo disciplinare spetta la tutela reintegratoria nel caso in cui il fatto contestato sia stato commesso ma non abbia rilievo disciplinare.

Come ben noto, infatti, già con la riforma dell'art. 18 l. 300/70, ad opera della l. 92/2012, il legislatore ha creato un "catalogo" di fattispecie di illegittimità del licenziamento, diversificando la sanzione (cioè la tutela per il lavoratore) tra ipotesi di reintegrazione e di compensazione solo economica.

Tra le ipotesi di reintegra previste dall'art. 18 vi è il licenziamento disciplinare basato su un "fatto contestato"

che si riveli insussistente. L'interpretazione della disposizione ha sollevato una serie di perplessità. Se è intuitivo che spetti la reintegra al lavoratore che non abbia commesso il fatto addebitato, cosa ne sarebbe invece del lavoratore che abbia, sì, commesso il fatto per cui è stato licenziato, se quel fatto fosse irrilevante? Si può essere licenziati (illegittimamente) per un fatto lecito e non avere diritto alla reintegra? Ancora, cosa succederebbe ove il lavoratore commettesse il fatto per una ragione non imputabile o comunque scusabile? Ad esempio, ove avesse davvero abbandonato il posto di lavoro, ma a causa di un pericolo imminente?

La dottrina si è divisa tra i sostenitori del fatto "in senso materiale", inteso quale pura e semplice esistenza della condotta, e sostenitori del fatto "in senso giuridico", il quale dovrebbe ricomprendere anche il disvalore del fatto e la rimproverabilità della

condotta. Mentre i fautori del primo orientamento incorrono in conclusioni che paiono assurde, come la perdita del diritto alla reintegra per il lavoratore licenziato per aver fatto cadere una penna (se l'avesse davvero fatta cadere, ferma l'illegittimità del licenziamento, in quel ragionamento gli spetterebbe la sola tutela risarcitoria), i fautori del secondo orientamento sono criticati principalmente per il labile confine che vi sarebbe tra la valutazione del fatto in senso giuridico e la valutazione di proporzionalità tra illecito e sanzione (il cui difetto rientra nell'ambito della tutela risarcitoria).

La giurisprudenza non si è tirata indietro e gli orientamenti dominanti sono stati nel solco della seconda interpretazione, quella del *"fatto contestato"* come fatto giuridico.

Dapprima le Corti di merito e poi la stessa Cassazione hanno chiarito come l'insussistenza del *"fatto contestato"* includa l'ipotesi del fatto (sussistente) privo però del carattere di illiceità disciplinare o di rilevanza giuridica, oltre che quella del fatto non imputabile al lavoratore (tra le tante, Cass. n. 23669/2014; Cass. n. 20540/2015; Cass. n. 18418/2016; Cass. n. 10019/2016; Cass. 13178/2017). Inoltre, la giurisprudenza è stata particolarmente rigorosa nell'accertare l'esistenza del fatto, ritenendolo insussistente in mancanza di alcuni elementi caratterizzanti ricavati dal tenore della contestazione (ad esempio, la gravità del danno lamentato dal datore, Cass. 20545/2015, o la continuità della condotta imputata, Cass. 23669/2014).

Il legislatore del 2015, con riferimento ai lavoratori cui è applicabile il d.lgs. 23/2015 in luogo dell'art. 18 l. 300/70, è sembrato invece andare verso la prima teoria. Il comma 2 dell'art. 3 d.lgs.

23/2015 stabilisce infatti che la reintegra spetti nel caso in cui risulti l'insussistenza del *"fatto materiale contestato"*. Con la pronuncia in commento, la sentenza n. 12174 del 8.5.2019, tuttavia, la Cassazione estende il proprio orientamento sopra descritto anche in favore dei lavoratori cui sono applicabili le *"tutele crescenti"*.

Il tema era senz'altro cruciale: nel sistema del diritto del lavoro, infatti, la tutela avverso il licenziamento illegittimo è il punto di equilibrio, e non potrebbe essere altrimenti considerando che il lavoratore ricava dal lavoro il proprio sostentamento. In gioco non ci sono solamente le sorti dei lavoratori ingiustamente licenziati, ma anche il funzionamento delle regole applicabili al rapporto di lavoro in corso. Infatti, ben pochi dipendenti farebbero valere contro il datore i propri diritti eventualmente lesi se sapessero di poter essere licenziati anche ingiustamente con un costo aziendale modesto e per di più prevedibile. La reintegrazione, in questa ottica, è certamente la sanzione più dissuasiva contro il licenziamento ingiusto e la tutela più idonea a consentire ai lavoratori di *"avere voce"* durante il rapporto.

La Corte di Cassazione, nel proprio ragionamento, sottolinea l'assoluta importanza che deve essere riconosciuta all'efficacia della tutela avverso il licenziamento ingiusto, rifacendosi in particolare a molti precedenti della Corte Costituzionale ed in primo luogo a quello, già richiamato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 194/2018, secondo cui il diritto al lavoro, *"fondamentale diritto di libertà della persona umana"*, pur non garantendo *"il diritto alla conservazione del lavoro"*, tuttavia *"esige che il legislatore (...) adegui (...) la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ulti-*

mo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie (...) e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti" (Corte Cost. n. 45/1965). Altre sentenze della Corte, in continuità con la predetta, hanno sancito il *"diritto (garantito dall'art. 4 Cost.) a non essere estromesso dal lavoro ingiustamente o irragionevolmente"* (Corte Cost. n. 60/1991) e la *"garanzia costituzionale (del) diritto di non subire un licenziamento arbitrario"* (Corte Cost. n. 541/2000), o che hanno affermato come *"la materia dei licenziamenti individuali è oggi regolata, in presenza degli artt. 4 e 35 Cost., in base al principio della necessaria giustificazione del recesso"* (Corte Cost. n. 41/2003). La sentenza in commento, infine, cita anche una ulteriore sentenza della Corte Costituzionale, la n. 46/2000, che a propria volta richiama la Carta sociale Europea (ratificata dall'Italia con l. 30/99) contenente *"disposizioni volte a circondare di specifiche garanzie la posizione dei prestatori di lavoro contro i licenziamenti, prevedendo, in particolare (art. 24), l'impegno delle parti contraenti a riconoscere il diritto dei lavoratori a non essere licenziati senza un valido motivo"*.

Sono queste le considerazioni che, nonostante l'infelice tenore letterale, muovono la Corte ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 3 comma 2 d.lgs. 23/2015, essendo peraltro illogico che al fatto disciplinarmente irrilevante sia riservata una tutela peggiore di quella riservata al fatto non commesso.

Con la sentenza in commento, dunque, la Cassazione fornisce un importante precedente, che si inserisce nel solco della razionalizzazione dell'apparato di tutela ad oggi offerto dall'ordinamento a fronte del licenziamento illegittimo, purtroppo non sempre lineare come l'importanza della materia richiederebbe. ■