



FEDERALIMENTARE

Federazione Italiana dell'Industria Alimentare

Roma, 1° dicembre 2016

Alle
ASSOCIAZIONI ADERENTI

LORO SEDI

OGGETTO: NEWSLETTER GIUSLAVORISTICA

CIRCOLARI/NORMATIVA/INTERPELLI

Dec. Intermin. 30.1.2015, Circ. Min. lavoro 19 8.6.2015 e Circ. INPS n. 126 del 26.6.2015

Con il Decreto 30 gennaio 2015 il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e il Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, pubblicato sulla G.U. n. 125 del 1-6-2015, ha trovato definitiva attuazione la disciplina di cui all'art. 4, rubricato «Semplificazioni in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva», del decreto legge 20 marzo 2014, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 16 maggio 2014, n. 78.

Tale norma, infatti, nel prevedere un intervento semplificativo in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva, anche con riguardo agli adempimenti richiesti alle imprese e alle pubbliche amministrazioni per l'acquisizione del medesimo Documento, ha stabilito che l'entrata in vigore della nuova disciplina restava subordinata all'adozione di un apposito Decreto diretto a definire i requisiti di regolarità, i contenuti e le modalità della verifica sulla base dei criteri espressamente fissati al comma 2 dello stesso art. 4.

Nel quadro del sistema così delineato, tenuto conto che il comma 5 dell'art.10 del Decreto 30 gennaio 2015 ha stabilito che le disposizioni in esso contenute divengono efficaci decorsi 30 giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, la nuova disciplina illustrata con la presente circolare con la quale sono trattati con riguardo alla verifica di regolarità i profili di specifica pertinenza dell'INPS, troverà applicazione a decorrere dal 1° luglio 2015.

Pertanto dalla stessa data, come fissato dal comma 1 dell'art. 4 del citato d.l. n. 34/2014, la verifica della regolarità contributiva nei confronti dell'INPS, dell'INAIL e delle Casse Edili, avviene con modalità esclusivamente telematiche ed in tempo reale, indicando esclusivamente il codice fiscale del soggetto da verificare.

Con la circolare n. 19 dell'8 giugno 2015 (richiamata integralmente dalla circolare applicativa dell'Inps n. 126 del 26 giugno 2015) il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha provveduto ad illustrare i contenuti del Decreto e a fornire i primi chiarimenti di carattere interpretativo necessari alla sua corretta applicazione.

D. Min lavoro 10.8.2016 G.U. 27.10.2016

In data 27 ottobre 2016 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 10 agosto 2016, con cui sono stati definiti gli standard operativi e le regole di trasmissione per effettuare le comunicazioni previste dall'art. 10, d.lgs. n. 136/2016, poste a carico dei cd. "prestatori di servizi" – vale a dire imprese stabilite in altri Stati membri o in uno stato terzo ovvero agenzie di somministrazione stabilite in altri Stati membri – che distaccano lavoratori in Italia.

Nel richiamare l'approfondimento già svolto nella precedente Newsletter n. 8 si ricorda brevemente che il d.lgs. n. 136/2016 ha recepito la direttiva comunitaria 96/71/CE, introducendo, in un'ottica volta a contrastare fenomeni illeciti, nuove regole da applicare in caso di distacco transfrontaliero. Per quanto interessa in questa sede, si ricorda che l'art. 10, c. 1, d.lgs. n. 136/2016 ha introdotto un obbligo di comunicazione preventiva a carico del distaccante: infatti, l'impresa che distacca lavoratori in Italia deve comunicare al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 24 ore prima l'inizio del distacco, una serie di informazioni (dati identificativi del distaccante, del distaccatorio, dei lavoratori, numero di autorizzazione, dati del referente in Italia, tipologia dei servizi, ecc.). Inoltre, ogni variazione successiva deve essere comunicata entro cinque giorni dal verificarsi dell'evento modificativo. L'art. 10, c. 2, d.lgs. n. 136/2016 ha poi previsto che, con successivo decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, sarebbero state definite le modalità operative delle comunicazioni relative ai lavoratori distaccati.

Il Decreto Ministeriale 10 agosto 2016 segue quanto previsto dall'art. 10, c. 2, stabilendo che le comunicazioni dovute al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali debbano essere effettuate, da parte dei cd. prestatori di servizi (imprese stabilite in altri Stati membri o in uno stato terzo ovvero agenzie di somministrazione stabilite in altri Stati membri), tramite il modello "UNI_Distacco_UE". Il modello "UNI_Distacco_UE" può essere scaricato dal sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (www.lavoro.gov.it). Inoltre, il Decreto Ministeriale prevede che i dati in esso inseriti siano resi accessibili all'Ispettorato Nazionale del Lavoro, all'INPS, all'INAIL con le modalità previste dal Codice per l'Amministrazione Digitale.

GIURISPRUDENZA

C. Giust. 10 novembre 2016 - C 199/2015 e Consiglio di Stato n. 10 del 25 maggio 2016: regolarità DURC compatibile con la normativa UE

Con sentenza del 10 novembre 2016, relativa alla causa C- 199/15 la Corte Europea di Giustizia ha affermato che è compatibile con la normativa comunitaria (art. 45 della direttiva 2004/18/CE) la norma che esclude dalla gara (ma anche dalla successiva aggiudicazione) l'impresa che risulta in possesso del DURC al momento dell'aggiudicazione ma non al momento della presentazione dell'offerta.

La Corte ha emanato la proroga sentenza sulla base del D.L.vo n. 163/2006 (ora abrogato) ma pare, assolutamente, in linea con il D.L.vo n. 50/2016 che l'ha sostituito: infatti l'art. 80 ha riprodotto i contenuti del vecchio testo.

L'articolo 45 della direttiva 2004/18/Ce del 32 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in

materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara di appalto, anche se non sussisteva più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. La controversia proposta dinanzi ai giudici europei è stata sollevata da un consorzio di imprese che ha partecipato ad una procedura di gara per l'affidamento di servizi di pulizia presso un ente pubblico, qualificandosi in prima posizione.

Dopo essere risultata vincitrice e quindi aggiudicataria della gara, una società del consorzio ne viene esclusa perché non in regola con il pagamento dei premi assicurativi, anche se aveva dichiarato il contrario.

Di conseguenza l'intero consorzio è stato escluso dalla gara, anche se l'impresa non in regola con la contribuzione lo era al momento della presentazione dell'offerta e la sua posizione debitoria è stata sanata prima che si sapesse dell'esito della gara.

In altri termini, il consorzio è stato escluso ugualmente dalla gara, anche se l'irregolarità dell'impresa era sussistente alla data di partecipazione all'appalto e non più all'aggiudicazione, perché regolarizzata.

L'esclusione è stata considerata legittima dal Tar, mentre il Consiglio di Stato ha richiesto il parere della Corte di giustizia europea, ritenendo che l'eccessivo formalismo della norma italiana vigente al momento della lite (articolo 38, paragrafo 1, lettera i) del Dlgs 163/2006 - Codice degli appalti abrogato a seguito dell'introduzione del nuovo codice) risultasse in contrasto con il diritto comunitario.

La Corte di Giustizia europea, sul punto, ha ritenuto legittimo il sistema pubblico di certificazione contributiva italiano, per cui la disposizione nazionale in materia di Durc negli appalti pubblici non è in contrasto con la normativa Ue.

Secondo i giudici comunitari, infatti, il dubbio circa un eccessivo formalismo della normativa italiana sollevato dal Consiglio di Stato è da considerare infondato, tanto da stabilire che non è in contrasto con la direttiva 2004/18/Ce una normativa nazionale - come quella italiana - che obbliga le amministrazioni aggiudicatrici a valutare la mancanza del Durc al momento della data di partecipazione ad una gara d'appalto.

Ne deriva che non può essere considerata sufficiente la regolarità contributiva delle imprese al momento dell'aggiudicazione della gara, essendo tale requisito richiesto anche al momento della presentazione della stessa.

Dunque, legittima è la richiesta d'ufficio del Durc negli appalti pubblici, così come legittima è l'esclusione dell'impresa quando lo stesso Durc risulti negativo.

Pertanto, anche se la norma oggetto d'analisi è oggi abrogata perché sostituita dal nuovo codice Appalti, il principio di diritto sancito dalla Corte Ue deve ritenersi valido e applicabile anche rispetto al Nuovo codice appalti (Dlgs 50/2016), dal momento che l'articolo 80 del nuovo testo ha riprodotto in termini uniformi la vecchia disciplina.

Cass. 9 novembre 2016 n. 22798 licenziamento e obbligo di repechage

Come noto, condizione di legittimità di un licenziamento disposto per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, a mente dell'art. 3 della L.n. 604 del 1966, è anche l'impossibilità di utilizzazione del lavoratore destinatario della risoluzione del rapporto in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte (c.d. obbligo di repechage).

Nella pronuncia in commento, i giudici di legittimità affrontano il tema se tale verifica debba investire anche la possibilità di adibizione il lavoratore licenziando a mansioni inferiori, frapponendosi a tale adibizione l'ostacolo dell'inderogabilità della norma contenuta nel secondo comma dell'art. 2103 c.c. - nel testo vigente *ratione temporis*, antecedente alla riformulazione introdotta dall'art. 3 del D. Lgs. n. 81 del 2015 - che comminava la nullità di ogni patto contrario a quanto stabilito dal primo comma della disposizione codicistica citata.

In merito, la S.C. statuisce che ove il demansionamento rappresenti l'unica alternativa al recesso datoriale, non è necessario un patto di demansionamento o una richiesta del lavoratore in tal senso anteriore o contemporanea al licenziamento, ma è onere del datore di lavoro, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, prospettare al dipendente la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori compatibili con il suo bagaglio professionale.

Cass. 3 novembre 2016, n. 2232 licenziamento dopo demansionamento e ricorso al GdL

Con la sentenza n. 22323/2016 del 3.11.2016 la Corte di Cassazione ha affermato la ritorsività del licenziamento intimato nei confronti del lavoratore per giustificato motivo oggettivo, ritenendo le vere ragioni del provvedimento espulsivo consistenti nel precedente demansionamento rispetto al quale il lavoratore aveva fatto ricorso al giudice del lavoro.

Sul punto, la Cassazione precisa che, al fine di poter ritenere il licenziamento discriminatorio, il motivo ritorsivo deve essere stato l'unica ragione determinante, evidenziando che la prova relativa a carico del lavoratore può essere raggiunta anche per presunzioni, come conseguenza ragionevolmente possibile di un fatto noto, ribadendo dunque il suo orientamento sul punto, già consolidato in numerose precedenti statuizioni (cfr. Cass. 3.12.2015 n. 24648; Cass. 8.08.2011 n. 17087).

Inoltre, la Corte nella pronuncia in esame osserva che il divieto di licenziamento discriminatorio, alla luce dei principi costituzionali e della giurisprudenza comunitaria, è suscettibile di interpretazione estensiva, ricomprendendo, oltre alle ipotesi tipizzate dal legislatore, anche quella del licenziamento per ritorsione o rappresaglia, ed inscrivendo per l'effetto in tale ultimo nucleo di motivi vietati l'ingiusta e arbitraria reazione dell'azienda a un comportamento legittimo del lavoratore.

Invero, nel caso di specie il licenziamento motivato con una supposta riorganizzazione aziendale era avvenuto a soli ventuno giorni dalla presentazione del ricorso per dequalificazione professionale da parte del lavoratore che aveva, altresì, dichiarato di aver subito una vera e propria attività persecutoria.

La Corte di appello territoriale, in riforma della pronuncia di primo grado che si era limitata a dichiarare illegittimo il licenziamento per mancanza di giustificato motivo oggettivo, accertava e dichiarava la nullità del licenziamento in quanto fondato su un intento meramente "ritorsivo", atteso che "... come accertato dal Tribunale con sentenza passata in giudicato, era stata dedotta a

giustificazione del licenziamento una circostanza non vera, e cioè che all'interno del Centro vi fosse un'unica figura di quadro direttivo, costituita dal direttore, circostanza questa non vera, atteso che l'odierno ricorrente, con lettera del 31.10.2008, facente seguito alla delibera del Consiglio direttivo del giorno precedente, venne invitato a prestare servizio all'interno della struttura mantenendo la qualifica di quadro direttivo e la medesima prestazione economica".

Sulla base di tali circostanze la Corte nel dichiarare l'illegittimità del licenziamento, ha inoltre posto in risalto come la motivazione della Corte di appello sia corretta anche con riferimento al ricorso della prova presuntiva – sindacabile in sede di legittimità solo quanto alla congruenza della relativa motivazione-, laddove ai fini dell'utilizzabilità di detto mezzo di prova è sufficiente che il fatto da provare sia desumibile dal fatto noto come conseguenza ragionevolmente possibile secondo un criterio di normalità.

Le disposizioni del Decreto Ministeriale entreranno in vigore in data 26 dicembre 2016 (sessantesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale avvenuta in data 27 ottobre 2016).

Cass. 27 ottobre 2016, n. 21710 su subordinazione e licenziamento

Con sentenza n. 21710 del 27 ottobre 2016, la Corte di Cassazione ha affermato la natura subordinata di un responsabile di filiale di call-center pur se il datore di lavoro non ha mai esercitato nei suoi confronti il potere disciplinare che, peraltro, richiede un inadempimento, né ha mai fornito direttive per iscritto in ordine alla conduzione della struttura, né ha mai esercitato controlli quotidiani, ben potendosi gli stessi desumere dalle indicazioni generali di carattere programmatico.

La natura subordinata di un rapporto non può escludersi per il solo fatto che non sia emerso un controllo quotidiano e costante da parte del datore di lavoro. Quando il lavoratore, come nel caso di specie, assume la responsabilità di una filiale call center, il potere datoriale di direzione ben può manifestarsi non mediante ordini e controlli continui, bensì attraverso l'emanazione di indicazioni generali e programmatiche.

Nel caso di specie, la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla decisione della Corte di Appello di Roma, che in riforma della pronuncia di primo grado aveva accertato la natura subordinata del rapporto di lavoro formalmente autonomo instaurato con il lavoratore assegnato ad attività di responsabile del call center.

La Corte di appello osservava che quando l'appellante aveva cominciato a svolgere le mansioni di responsabile del call center, in sostituzione di una dipendente licenziata, potevano dirsi presenti nel rapporto gli elementi della subordinazione, secondo le risultanze delle deposizioni testimoniali e della documentazione prodotta. La subordinazione non poteva essere esclusa, infatti, per il solo fatto che non fosse risultato provato l'esercizio del potere disciplinare e non fosse emerso un controllo quotidiano e costante da parte del datore di lavoro, ben potendo questo manifestarsi attraverso indicazioni generali di carattere programmatico, allorquando – come nel caso concreto – il lavoratore assuma la responsabilità di una filiale o di una dipendenza dell'azienda.

La Corte, inoltre, dichiarava l'inefficacia del licenziamento intimato oralmente allo stesso.

La decisione della Corte d'Appello veniva, dunque, impugnata dalla società soccombente in sede di legittimità deducendo la violazione di legge con riferimento all'art. 2094 cod. civ., per avere i Giudici di merito omissi di esaminare un fatto decisivo della controversia.

Il Supremo Collegio, rigettando il motivo di gravame, rilevava che gli indici della subordinazione erano inequivocabilmente emersi in sede di merito, con riferimento sia all'obbligo di osservanza di un orario di lavoro predefinito, sia con riferimento alla sottoposizione alle direttive aziendali (c.d. eterodirezione).

Sulla base di tali circostanze, la Corte ha posto in risalto come la mancata prova circa l'assoggettamento al potere disciplinare del datore di lavoro non ha di per sé rilevanza decisiva nella valutazione della natura del rapporto.

Infatti, in assenza di un comportamento avente i caratteri dell'inadempimento non si potrebbe giustificare alcun provvedimento disciplinare, essendo un elemento potenzialmente rilevante solo in presenza di siffatte condotte; analogamente, il controllo circa l'attività lavorativa potrebbe potenzialmente assurgere a indice di subordinazione, ma non quando la prestazione si traduca in ruoli di alta responsabilità, dove il potere datoriale di direzione può manifestarsi, come rileva la Corte, in altro modo, ad esempio "attraverso l'emanazione di indicazioni generali e programmatiche". Tale pronuncia s'inserisce all'interno di un consolidato orientamento giurisprudenziale che aveva già avuto modo di evidenziare che "in tema di differenziazione tra lavoro autonomo e subordinato, la mancata manifestazione del potere disciplinare può costituire indice sintomatico dell'autonomia del lavoro solo se significativa di una esclusione del potere stesso in linea di principio, ma non quando esso non sia stato semplicemente esercitato in concreto per l'assenza di fatti rilevanti sul piano disciplinare".

Cass. 19 ottobre 2016, n. 21209 su retribuzione festività non lavorate

Con sentenza 21209/2016, la Corte di Cassazione ha chiarito che il rifiuto di lavorare in un giorno festivo, seppure opposto in violazione di quanto stabilito dal contratto collettivo, non può in alcun modo giustificare una trattenuta sulla normale retribuzione. In particolare, il diritto del dipendente di astenersi dall'attività lavorativa in occasione di determinate festività è espressamente previsto dalla legge e dunque nessuna fonte ad essa subordinata, quale ad esempio la contrattazione collettiva, può modificarne la portata.

In particolare, il caso in esame ha riguardato una impresa del settore metallurgico che aveva richiesto ad alcuni operai di prestare la propria attività nel giorno dell'Immacolata Concezione, 8 dicembre.

Gli stessi si erano rifiutati di soddisfare la richiesta del datore e avevano, comunque, osservato il giorno di riposo.

Di conseguenza, l'azienda aveva operato, sulla busta paga del mese di dicembre, una trattenuta pari alla retribuzione di una giornata, facendo appello alla disposizione, prevista dal contratto collettivo di settore, per cui "nessun lavoratore può rifiutarsi, salvo giustificato motivo, di compiere lavoro straordinario, notturno e festivo".

Quindi, il Tribunale di Bergamo con sentenza n. 613/09 accoglieva la domanda proposta da un gruppo di dipendenti della D. spa di condanna della società datrice di lavoro a retribuire la festività dell'8.12.2005.

La Corte di appello di Brescia con sentenza del 11.10.2010 rigettava l'appello della D.; la Corte territoriale ricordava che la giornata dell'8 dicembre rientrava ai sensi dell'art. 2 L. n. 260/49 (nel testo sostituito dalla legge n. 90/1954) tra le festività per le quali spettava il diritto ad astenersi dal

lavoro o, in caso di effettuazione della prestazione, anche un compenso aggiuntivo; tale disposizione non può essere modificata in senso peggiorativo dalla contrattazione collettiva. Per la Corte territoriale non poteva condividersi, alla stregua della giurisprudenza di legittimità, la tesi della parte appellante secondo la quale il lavoratore che non abbia svolto l'attività lavorativa durante la detta festività come nel caso in esame potrebbe rivendicare la normale retribuzione solo se la sua assenza sia dipesa da uno dei motivi indicati dalla disposizione, posto il carattere generale delle regole di diritto alla festività normalmente retribuita.

Tale diritto non risultava inciso dall'art. 8 CCNL comma 14 parte speciale del CCNL per cui nessun lavoratore può rifiutarsi. Salvo giustificato motivo, di compiere lavoro straordinario, notturno e festivo": il detto rifiuto non fa infatti perdere il diritto alla normale retribuzione attribuito direttamente dalla legge, ma semmai poteva dar luogo ad una sanzione disciplinare. Tuttavia, per la Suprema Corte il datore di lavoro, avrebbe potuto avviare un procedimento disciplinare nei confronti dei lavoratori, non avendo ottemperato ad un ordine di servizio legittimato dal CCNL.

Il lavoratore dipendente che rifiuta di prestare la propria attività in un giorno festivo, mantiene intatto il diritto a percepire la normale retribuzione, anche nel caso in cui il contratto collettivo obblighi il lavoratore a lavorare nei festivi. Il presupposto su cui si basa il giudizio della Suprema Corte è quello che il diritto del dipendente di astenersi dall'attività lavorativa in occasione di determinate festività è espressamente previsto dalla legge e dunque nessuna fonte ad essa subordinata, quale ad esempio la contrattazione collettiva, può modificarne la portata.

A parere della Corte, il rifiuto dei lavoratori non giustifica in alcun modo la arbitraria trattenuta retributiva, mentre poteva piuttosto legittimare il datore di lavoro, ad avviare un procedimento disciplinare nei loro confronti per non aver ottemperato ad un ordine di servizio legittimato dal CCNL.