



Cinque e Soci s.r.l. - Società tra avvocati

Newsletter n. 5_2018



Indice

- 1. DIRITTO DEL LAVORO.** TRASFUSA IN UN DECRETO LEGGE LA TUTELA DELLA DIGNITA' DI LAVORATORI E IMPRESE.
- 2. DIRITTO DEL LAVORO.** AUTO RICICLAGGIO E BUSTE PAGA INVERITIERE.
- 3. DIRITTO DEL LAVORO.** GIUSTA CAUSA DI LICENZIAMENTO L'INSULTO DEL DATORE DI LAVORO SU FACEBOOK.
- 4. SOCIETA'.** LEGGE 231: LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA

PRESUPPONE L'INTERESSE O IL VANTAGGIO DELL'ENTE

5. PRIVACY. ANCHE L'AMMINISTRATORE DI UNA FANPAGE SU FACEBOOK E' «RESPONSABILITA' DEL TRATTAMENTO».

6. PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI. BREVI NOTE SULLE SOCIETA' IN HOUSE COME MODELLO DI GESTIONE DEI PUBBLICI SERVIZI, RAPPORTI CON LE SOCIETA' DI DIRITTO PRIVATO E RESPONSABILITA' DEGLI AMMINISTRATORI DIRITTO DEL LAVORO.

1 DIRITTO DEL LAVORO. TRASFUSA IN UN DECRETO LEGGE LA TUTELA DELLA DIGNITA' DI LAVORATORI E IMPRESE.

Decreto legge «Dignita'» del 2 luglio 2018

Si tratta del provvedimento normativo assunto il 2 luglio u.s. dal Governo italiano per ragioni straordinarie di necessità e urgenza. Ad un esame del testo paiono invero modesti (rispetto ai proclami) gli elementi di novità introdotti nella legislazione del lavoro. Si segnala in primo luogo l'aumento dei limiti edittali dell'indennità irrogabile nel caso di licenziamento illegittimo, che passano da 4/24 a 6/36. E' stata poi rivisitata la disciplina del contratto a termine. In particolare il primo contratto a tempo determinato non può avere una durata superiore ai dodici mesi, estesa a ventiquattro mesi esclusivamente in presenza di fattori produttivi contingenti che dovranno essere esplicitati per iscritto nel relativo contratto. In ogni caso la durata complessiva del rapporto a termine non potrà superare i ventiquattro mesi (in luogo dei precedenti trentasei). I successivi rinnovi o le proroghe dovranno essere sorretti da apposita causale. In definitiva è possibile affermare che il Governo ha inteso intervenire quasi esclusivamente sul tema dei contratti a termine, reintroducendo l'obbligo della motivazione sul limite apposto alla durata del rapporto di lavoro, quale requisito di validità distintosi in un recente passato per avere accresciuto notevolmente il contenzioso giudiziario. Se questo è tutto, non s'intravedono ragioni sufficienti per scomodare un valore così importante come quello della dignità di persone e imprese.

2 DIRITTO DEL LAVORO. AUTO RICICLAGGIO E BUSTE PAGA INVERITIERE.

Corte di Cassazione sentenza n. 25979 del 7 giugno 2018

Commette il reato di auto riciclaggio, oltre a quelli di estorsione, il datore di lavoro che, sotto la larvata minaccia del licenziamento, faccia firmare ai propri dipendenti delle buste paga attestanti somme maggiori di quelle effettivamente corrisposte. Anche alla luce della sentenza 7 giugno 2018 n. 25979 della Suprema corte, il reato di auto riciclaggio colpisce le attività d'impiego, sostituzione e trasferimento di beni o altre utilità poste in esse dallo stesso autore del delitto presupposto (nel caso l'estorsione), che ostacolano la ricostruzione della matrice illegale. Nella fattispecie decisa dalla Cassazione il rastrellamento di liquidità attraverso l'attività di estorsione ai danni del lavoratore, concretizzata tra l'altro nel mancato versamento delle quattordicesime, degli anticipi versati solo formalmente, del corrispettivo dei permessi non goduti, era poi servito a pagare provvigioni e altri benefit aziendali in nero a favore degli altri collaboratori aziendali.

3 DIRITTO DEL LAVORO. GIUSTA CAUSA DI LICENZIAMENTO L'INSULTO DEL DATORE DI LAVORO SU FACEBOOK.

Corte di Cassazione sentenza n. 10280 del 27 aprile 2018

Così ha deciso la Corte di Cassazione con la sentenza 27 aprile 2018 n. 10280, a conclusione dell'iter giudiziario intrapreso da un lavoratore che era stato licenziato per avere insultato il proprio datore di lavoro attraverso la pubblicazione di contenuti offensivi sulla bacheca di facebook. In particolare la Suprema corte ha affermato che «la diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca «facebook» integra un'ipotesi di diffamazione (...), e come tale correttamente il contegno è stato valutato in termini di giusta causa del recesso, in quanto idoneo a recidere il vincolo fiduciario nel rapporto lavorativo.

4. SOCIETA'. LEGGE 231: LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA

PRESUPPONE L'INTERESSE O IL VANTAGGIO DELL'ENTE.

Corte di Cassazione, IV sezione penale, sentenza n. 16713 del 16 aprile 2018

E' noto che, ai sensi dell'art. 5 della legge 8 giugno 2001 n. 231, la responsabilità amministrativa dell'ente presuppone che l'autore dell'illecito (legale rappresentante, amministratore, dirigente o sottoposto) abbia agito anche nell'interesse o a vantaggio dell'ente e non soltanto suo personale o di terzi. Questo principio non appariva logicamente compatibile con l'introduzione nell'elenco dei reati perseguibili ai sensi della legge 231, anche dei delitti di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro (art. 25 septies). Pare invero un'operazione logicamente audace quella di far coincidere un atto colposo ossia non volontario ma commesso in violazione di regole di generale prudenza, diligenza o perizia, con il perseguimento finalistico di un interesse o di un vantaggio dell'ente datoriale. Vale la pena segnalare al riguardo la sentenza 16 aprile 2018 n. 16713, della Corte di cassazione IV sezione penale, secondo la quale, in simili fattispecie, l'interesse o il vantaggio dell'ente, quali concetti tra loro diversi e alternativi, vanno letti nella prospettiva patrimoniale dell'ente, «come risparmio di risorse economiche conseguente alla mancata predisposizione dello strumentario di sicurezza ovvero come incremento economico conseguente all'aumento della produttività non ostacolata o quanto meno non rallentata dal pedissequo rispetto della normativa prevenzionistica». Su queste premesse, nella fattispecie, è stata riconosciuta la responsabilità amministrativa della società rinviata a giudizio.

5. PRIVACY. ANCHE L'AMMINISTRATORE DI UNA FANPAGE SU FACEBOOK E' «RESPONSABILITA' DEL TRATTAMENTO».

Corte di Giustizia dell'Unione Europea sentenza del 5 giugno 2018, causa C-210/16, CGUE

Secondo la Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande sezione, l'amministratore di una fanpage presente su facebook è «responsabile del trattamento» dei dati dei visitatori e risponde, insieme al noto social network, di eventuali violazioni (5 giugno 2018 causa C-210/16). Invero gli amministratori ricevono, raccolgono e detengono i dati del loro pubblico relativi ad età, sesso, situazione sentimentale e professionale, gusti, stili di vita e altro, per tale ragione essi sono esposti all'azione dell'autorità nazionale di garanzia della privacy, la quale può intervenire nei loro confronti oltre che di facebook.

6. PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI. BREVI NOTE SULLE SOCIETA' IN HOUSE COME MODELLO DI GESTIONE DEI PUBBLICI SERVIZI, RAPPORTI CON LE SOCIETA' DI DIRITTO PRIVATO E RESPONSABILITA' DEGLI AMMINISTRATORI DIRITTO DEL LAVORO.

Per società *in house* si intende un modulo organizzativo della pubblica amministrazione che nasce da una elaborazione dapprima giurisprudenziale e poi normativa di matrice comunitaria per essere, infine, recepita nel nostro ordinamento giuridico nell'ambito delle procedure di affidamento diretto della produzione e gestione di servizi pubblici, da parte della P.A.. La nozione di società *in house* è attualmente contenuta nell'art. 5 del d.lgs n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici), nella parte in cui disciplina l'affidamento diretto dei contratti pubblici, aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture a persone giuridiche di diritto pubblico o di diritto privato, in forma alternativa alle procedure di affidamento ad evidenza pubblica.

Nel caso di procedure ad evidenza pubblica, la P.A. è tenuta ad aggiudicare un appalto o una concessione di un pubblico servizio ad un operatore economico, scelto tra più imprese private, nel rispetto della libera concorrenza sul mercato, sulla base dei requisiti professionali, tecnici ed economici presentati in sede di offerta e più rispondenti ai parametri di scelta. L'alternativo affidamento diretto ad una società, si giustifica con il fatto che la società è essa stessa interna all'apparato della P.A., quale struttura amministrativa, che si occupa dello svolgimento di un pubblico

servizio, anche se costituita in forma societaria di diritto privato.

Nel dettaglio, affinché una società sia definita in house, occorre che presenti due requisiti essenziali: 1) è necessario che l'amministratore eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, realizzando un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più significative della controllata; 2) in secondo luogo, occorre che oltre l'80% delle attività della controllata siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice. E' stato recentemente previsto che nella società *in house* vi possano essere forme di partecipazione di capitali privati che non comportano un controllo, un potere di veto né un'influenza determinante sulla persona giuridica. Sotto un diverso ma connesso profilo, appare opportuno chiedersi se l'affidamento diretto ad una società in house sia una forma ordinaria ovvero eccezionale all'affidamento ad evidenza pubblica di contratti stipulati con la P.A.. Secondo la più recente giurisprudenza, l'in house rappresenta una possibile scelta di affidamento di servizi pubblici, in quanto espressione di un principio di «autoorganizzazione» amministrativa. Laddove la P.A. lo ritenga opportuno, si può avvalere della sua struttura organizzativa interna senza ricorrere ad una politica di «esternalizzazione». A supporto del suindicato indirizzo interpretativo appare utile richiamare gli artt. 113 e 113 bis del d.lgs. n. 267/2000 (testo unico degli enti locali), come da ultimo modificati, nella parte in cui prevedono la possibilità di avvalersi di «soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali» e «a condizione che gli enti pubblici, titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano» ovvero avvalendosi, in alternativa, «di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica».

Da quanto detto sembra potersi desumere che le suindicate modalità di affidamento siano collocate su un paritario livello di scelta, a seguito delle intervenute abrogazioni di precedenti riforme legislative che invece prevedevano il ricorso all'affidamento in house solo «in deroga» alle

modalità di affidamento ad evidenza e «per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento»; ovvero, ancora, solo «se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento diretto «fosse pari o inferiore alla somma complessiva di euro 200.000,00 annui» (co. 13 art. 4 d.l. n. 138/2011). Ciò premesso non va sottaciuto che parte della dottrina continua a qualificare l'in house come affidamento «speciale», sulla scorta di una lettura sistematica dell'art. 192 cod. contratti pubblici nella parte in cui sembra prevedere una procedura di affidamento diretto «filtrata» da specifici presupposti. Si afferma, difatti, che ai fini dell'affidamento in house, le stazioni appaltanti debbano effettuare una valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, dando conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione scelta, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. Da ultimo va evidenziato che sulla scorta del nuovo Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. N. 175/2016, che all'art. 16 è disciplinato il modello in house, con indicazione degli elementi comuni e differenziali rispetto al modello civilistico societario. In particolare, al pari delle società di diritto comune soggette a fallimento ex R.D. n. 267/1942, alle società a partecipazione pubblica sono applicabili le disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrono i presupposti, quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese (ex art. 14 t.u. società a partecipazione pubblica). Sotto altro profilo giova rilevare che in caso di rinuncia agli affidamenti diretti, la società non più «in house» può agire in un libero mercato concorrenziale, svolgendo attività economiche e non più di interesse generale. A tal riguardo si rileva che, a seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo, così verificandosi una piena parificazione della persona giuridica ad una qualunque società di capitali di natura privata (art. 16 co. 6 t.u. citato). Inoltre si evidenzia che ai sensi dell'art. 19 del citato t.u., alle società a

controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II del libro V del c.c., concernenti i rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. Tuttavia, a differenza delle società di capitali di natura privata, nelle società a controllo pubblico, il legislatore prevede che il reclutamento del personale si realizzi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità, ex art. 35 co. 3 d.lgs. n. 165 del 2001. per quanto concerne il profilo relativo alla giurisdizione, si discute se l'art. 19 *«resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale»* trovi applicazione anche con riguardo all'in house, oppure debba escludersi da tale ambito operativo il reclutamento di personale delle società in house.

Ed in particolare se per le modalità di assunzione sia competente il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63 d.lgs. N. 165/2001. Infine, non può omettersi di segnalare un dibattito inerente la natura giuridica della responsabilità degli amministratori di una società *in house*. Giova ricordare che la responsabilità di un amministratore all'interno di una società a partecipazione pubblica può derivare da una attività illecita o da «mala gestio», vale a dire da cattiva amministrazione, derivante dalla mancata diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze affidate. La giurisprudenza ravvisava un'ipotesi di responsabilità civile da danno di natura pubblica alla quota societaria mal amministrata. Alcun dubbio si poneva, nel caso di specie, per le società in house, la cui cattiva amministrazione del socio di certo andava ad incidere, sempre e comunque, sul capitale di derivazione pubblica, non essendo prevista alcuna possibilità che potessero esserci dei conferimenti patrimoniali dei privati, come, viceversa, oggi previsto. Interviene il Testo Unico sulle società a partecipazione che stabilisce che *nelle società partecipate, i componenti degli organi di amministrazione e di controllo sono soggetti alle azioni civili di responsabilità, previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali e fatta salva la giurisdizione della Corte dei Conti, per il danno erariale arrecato nei limiti della quota di partecipazione pubblica* (art. 12). E', altresì, devoluta alla giurisdizione della Corte dei Conti l'azione per il danno erariale

causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. Per danno erariale si intende il pregiudizio economico ovvero a carattere personale (es. il sovracitato danno all'immagine) *«subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.*

Cinque & Soci s.r.l.

Società tra avvocati