

RGL 2/2021
PARTE II
RGL GIURISPRUDENZA ONLINE
NEWSLETTER N. 4/2021

APPROFONDIMENTI

TRIBUNALE VELLETRI, 1.12.2020 – Est. Falcione, Manpower (avv. Giammaria) c. (avv. Salvagni).

Somministrazione di lavoro – Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Cessazione del contratto di somministrazione – Collocazione in disponibilità del lavoratore – Mancanza di occasioni di lavoro – Licenziamento per g.m.o. – Illegittimità del licenziamento per insussistenza del g.m.o. – Insussistenza della prova della mancanza di occasioni di lavoro – Tutela indennitaria.

Somministrazione di lavoro – Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Cessazione del contratto di somministrazione – Collocazione in disponibilità della lavoratrice – Mancanza di occasioni di lavoro – Licenziamento individuale – Nullità del licenziamento discriminatorio – Tutela indennitaria – Imputabilità all'agenzia dell'interruzione della missione – Parametrazione dell'indennità di risarcimento.

Discriminazioni – Somministrazione di lavoro – Licenziamento individuale – Discriminazione di genere – Onere probatorio.

È illegittimo il licenziamento per g.m.o. della lavoratrice assunta a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione quando l'impossibilità di ricollocazione della stessa per mancanza di occasioni di lavoro sia risultata insussistente, per non avere l'agenzia fornito sufficienti prove dei dichiarati tentativi di ricollocazione lavorativa, nonostante il regolare espletamento della procedura per la rioccupabilità di cui all'art. 25 del Ccnl di settore, il cui esperimento non vale ad assolvere l'onere di repêchage. (1)

La prova del carattere discriminatorio del licenziamento della lavoratrice somministrata può essere fornita nella forma agevolata risultante dal meccanismo di

parziale inversione dell'onere della prova di cui all'art. 40 del d.lgs. 198/2006. Avendo la lavoratrice dedotto in giudizio dati idonei a far presumere la ricorrenza di una discriminazione di genere da parte dell'agenzia – quali il mancato coinvolgimento delle lavoratrici nelle missioni e nelle formazioni finalizzate a potenziali missioni presso l'impresa utilizzatrice cui era stata destinata la ricorrente, impresa per la quale sono stati invece formati e messi a disposizione numerosi lavoratori – senza che l'agenzia abbia fornito al riguardo adeguate controprove, il licenziamento risulta discriminatorio. (2)

Nel licenziamento di una lavoratrice somministrata a tempo indeterminato che è dichiarato nullo perché discriminatorio, l'indennità prevista dall'art. 18 St. lav. deve essere commisurata alla retribuzione della lavoratrice presso l'ultimo utilizzatore e non all'indennità di disponibilità percepita nel momento del recesso contrattuale qualora l'interruzione dell'ultima missione risulti imputabile all'agenzia di somministrazione. (3)

(1-3) IL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO E DISCRIMINATORIO DI UNA LAVORATRICE SOMMINISTRATA

1. — *Il caso di specie* — Con la sentenza che si commenta il Tribunale di Velletri, confermando l'ordinanza resa in via sommaria *ex art. 1, cc. 47 e ss., l. n. 92/2012*, ha dichiarato illegittimo per difetto di g.m.o., ma anche discriminatorio per ragioni di genere, il licenziamento intimato da un'agenzia di somministrazione nei confronti di una lavoratrice assunta a tempo indeterminato. La lavoratrice era stata assunta a tempo indeterminato e assegnata, sempre a tempo indeterminato, a una missione, la quale è stata, tuttavia, interrotta mentre si trovava in astensione anticipata dal lavoro per gravidanza a rischio. Dopo un periodo di messa in disponibilità, la stessa è stata poi nuovamente riassegnata in missione alla stessa società, questa volta a tempo determinato, missione durante la quale ha usufruito del congedo parentale. Quando la missione è cessata per naturale scadenza del contratto, l'interessata è stata ricollocata in disponibilità e, dopo un certo periodo di inattività, è stata licenziata. La lavoratrice ha denunciato in giudizio l'insussistenza del g.m.o. di licenziamento e la discriminazione di genere compiuta nei suoi confronti, ottenendo l'accoglimento della sua domanda.

Nel ricorso in opposizione all'ordinanza resa in via sommaria, l'agenzia ha sostenuto di essersi adoperata per tentare la ricollocazione della lavoratrice, proponendo continuamente la sua candidatura all'ultimo utilizzatore della stessa, che – come altre aziende – non ha più mostrato interesse nei suoi confronti. L'agenzia ha, inoltre, evidenziato di aver ritualmente esperito la procedura per mancanza di occasioni di lavoro prevista all'art. 25 del Ccnl del Settore. Nel pieno rispetto di quest'ultima, l'agenzia ha pattuito con le OO.SS. un accordo per la rioccupabilità della lavoratrice, comprensivo di un percorso formativo e della definizione del suo profilo professionale e dei criteri di cui avvalersi per la ricerca di un nuovo collocamento. Preso atto – all'esito dell'espletamento della procedura – della mancanza di occasioni di ricollocazione, l'agenzia ha proceduto al licenziamento della lavoratrice.

La lavoratrice ha sostenuto che esistessero numerose opportunità per un suo reimpiego presso l'ultimo utilizzatore, che ha continuato ad avvalersi ininterrottamente di un consistente numero di lavoratori forniti dall'agenzia. La lavoratrice ha così, peraltro, assolto l'onere assertivo che incombe su chi impugna il licenziamento nel contratto di somministrazione, il quale è chiamato a individuare le offerte lavorative disponibili presso le aziende clienti dell'agenzia da quest'ultima non propostegli e compatibili con la qualifica e le competenze che possiede.

2. — *La procedura contrattuale-collettiva e l'onere di repêchage* — Il Tribunale, pur riconoscendo la sostanziale regolarità della procedura, ha ritenuto necessario verificare l'attività svolta in concreto dall'agenzia per ricollocare la lavoratrice, giungendo alla conclusione che la società opponente non ha provato i tentativi di ricollocamento che asserisce di aver condotto presso l'ultimo utilizzatore e nemmeno la presunta impossibilità di ricollocare la dipendente presso imprese terze, dal momento che le ha prospettato posizioni di impiego non pienamente conformi al suo profilo professionale.

Va ricordato, come ha fatto il Giudice, il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini del licenziamento per g.m.o. di un lavoratore somministrato a tempo indeterminato, non è sufficiente la mera soppressione dell'attività lavorativa (che, nel rapporto di somministrazione, consiste nella cessazione della missione presso l'utilizzatore), poiché la ricerca di un'altra occupazione coincide con l'oggetto dell'adempimento contrattuale dell'agenzia nei confronti del dipendente e perché, se così non fosse, non vi sarebbe alcuna distinzione sostanziale tra i lavoratori somministrati a termine e quelli a tempo indeterminato (Trib. Velletri, ord. 29.7.2016, Trib. Roma, ord. 2.11.2016, Trib. Bergamo, ord. 12.1.2017, tutte in *LPO*, 5-6/2017, con nota di De Marco; Cass. 18.10.2019, n. 26607 in *giustiziacivile.com*, 2020, con nota di Arbanassi; Cass. 11.11.2019, n. 29105, in *DeJure.it e GC Mass.*, 2019).

Ribadito ciò, il Tribunale si è interrogato sulla rilevanza giuridica della *corretta esecuzione della procedura ex art. 25 Ccnl* nell'ambito di un giudizio di impugnazione del licenziamento per difetto di g.m.o. e, in particolare, si è chiesto se tale procedura abbia proceduralizzato l'adempimento dell'onere di *repêchage*, aderendo alla costante giurisprudenza formatasi in proposito. Da essa risulta che, poiché il contratto collettivo non può derogare alla disciplina legale in materia di licenziamento, la legittimità del recesso deve essere valutata dal giudice unicamente in relazione alle nozioni legali di g.m.o., non risultando nel settore attribuita per legge efficacia derogatoria al contratto collettivo. Il datore di lavoro che ha correttamente eseguito la procedura non è, quindi, esonerato dall'onere di provare gli elementi costitutivi del legittimo esercizio del potere di recesso e, nel caso specifico del licenziamento per g.m.o., l'impossibilità di *repêchage*.

Il co. 3 dell'art. 30 della l. n. 183/2010 stabilisce che il giudice, nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, tiene conto delle tipizzazioni di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi: è inevitabile interrogarsi circa l'applicabilità di tale disposizione nel caso di specie.

La dottrina secondo cui il giustificato motivo oggettivo, a differenza di quello soggettivo, non configura una clausola generale in senso tecnico (v., *ex multis*, Romei 2017, 98-99), sostiene che la norma si riferisca esclusivamente ai licenziamenti per addebiti soggettivi e che non sia prospettabile alcuna tipizzazione di ipotesi di g.m.o. che possa influire

sull'apprezzamento del giudice *ex art.* 3, l. 604/1966 (Carinci 2011, 25; Tiraboschi 2011, 38; Centofanti 2011, 33).

Secondo altra dottrina, la norma si riferirebbe al giustificato motivo sia soggettivo sia oggettivo (Nogler 2011, 134; Ponterio 2011, 64). Partendo da questa premessa e assumendo che l'onere di *repêchage* costituisca elemento della fattispecie del licenziamento per g.m.o. e non limite esterno e distinto (per una ricostruzione delle due posizioni v. Ferraresi 2016, 24 ss.) si può ammettere l'applicabilità del co. 3 dell'art. 30 a ipotesi come quella di specie e così ipotizzare che la procedura di cui all'art. 25 del Ccnl – pur non rappresentando una procedimentalizzazione *ex ante* dell'adempimento dell'obbligo di *repêchage* – possa essere intesa come una tipizzazione della quale il giudice «tiene conto» nel valutare, *ex post*, l'adempimento dell'onore stesso. In questa prospettiva il giudice, non vincolato, deve comunque valorizzare il corretto espletamento della procedura, adeguatamente motivando la ragione per cui ritenga, qualora la procedura contrattuale-collettiva sia stata rispettata, comunque non provata l'impossibilità di reimpiego da parte del datore di lavoro.

La procedura ha inoltre l'effetto di delimitare (o essere opportunità per misurare) – sul piano temporale e oggettivo – il tentativo di ricollocamento. La prova dell'adempimento dell'obbligo di *repêchage* è circoscritta (in quanto a profilo professionale, ambito territoriale e arco temporale dello sforzo di ripescaggio) proprio dai termini dell'accordo raggiunto nell'ambito della procedura, la quale può essere valorizzata sul piano indiziario a riprova del mancato interesse dell'agenzia a ricollocare il lavoratore o, specularmente, a dimostrazione dell'inesistenza di proposte di lavoro congrue e quindi della non pretestuosità del recesso (Cass. 2.5.2018, n. 10435 in *DeJure.it*; Cass. 12.12.2018, n. 32159 in *DeJure.it*; Cass. 18.10.2019, n. 26607 in *giustiziacivile.com*, 2020, con nota di Arbanassi; Cass. 11.11.2019, n. 29105, in *DeJure.it e GC Mass.*, 2019).

La procedura, pur non procedimentalizzando l'onere di *repêchage*, risulta, dunque, utile ad ambo le parti nell'ipotesi in cui l'agenzia si ritrovi, al termine della stessa, a intimare il licenziamento per mancanza di occasioni di lavoro perché i contenuti dell'accordo influenzano profondamente l'accertamento da operare nel giudizio di impugnazione del licenziamento (*cf.* De Marco 2017, 298 ss.; D'Ascenzo 2016, 2 ss.).

Secondo posizioni critiche su questo orientamento è *irragionevole considerare insufficiente il tentativo di reimpiego valutato come effettivo dai sindacati* (Impellizzeri 2020, 5 ss.): sebbene un accordo contrattuale non possa, in questo settore, derogare alle tutele di matrice legislativa, l'art. 3 legge n. 604/1966 non prevede l'istituto dell'obbligo di *repêchage*, che è di integrale creazione giurisprudenziale (v., *ex multis*, Del Punta 2017, 35; Romei 2017, 106). Seguendo quest'impostazione, l'agenzia di somministrazione, per sua funzione imprenditoriale e sociale, sarebbe interessata al ricollocamento del suo personale e il corretto adempimento della procedura offrirebbe l'opportunità di scongiurare definitivamente eventuali perplessità giudiziali sulla legittimità di un licenziamento per g.m.o. scaturito dall'inefficace conclusione della procedura stessa, la quale è peraltro diretta alla creazione di una condizione soggettiva di ricollocabilità del lavoratore, essendo il licenziamento previsto dallo stesso Ccnl come *ultima ratio* (Arbanassi 2020, 7).

Secondo altra dottrina, invece, proprio in un settore che per la sua peculiarità impone un onere preventivo di ricollocazione *più articolato e rigoroso* di quello ordinariamente richiesto – venendo a coincidere detto impegno con l'attività tipica del datore di lavoro (Avanzi 2020, 23-24) – è eccessivamente indulgente, se non contraddittorio, immaginare

che l'assolvimento di tale onere sia riducibile al corretto espletamento della procedura contrattuale-collettiva. È, anzi, proprio la procedura a evitare che questo onere di prova si presenti all'agenzia come diabolico e insormontabile: essa permette di misurare e delimitare l'ambito territoriale e di qualifica professionale con riferimento al quale provare il tentativo di ricollocamento (De Marco 2017, 303 ss.).

3. — *La prova della discriminatorietà del licenziamento* — Per la pronuncia in commento la tutela è, comunque, reale perché il licenziamento è stato dichiarato discriminatorio e dunque nullo. La lavoratrice è stata estromessa dalla prima missione a tempo indeterminato «mentre» – ma, alla luce della pronuncia, si può dire «perché» – si trovava in astensione anticipata dal lavoro per gravidanza a rischio; durante la seconda missione a tempo determinato ha usufruito di congedi parentali: il Tribunale ha ritenuto che il suo mancato ricollocamento fosse motivato unicamente da ciò, riconoscendo una discriminazione fondata sul sesso con riferimento, in particolare, alla maternità e alla richiesta di godimento dei permessi spettanti ai genitori. Il Tribunale di Velletri giunge a questa conclusione dopo aver osservato che la discriminazione opera obiettivamente e che la sua prova può essere fornita nella forma alleggerita consentita dal meccanismo di parziale inversione dell'onere della prova previsto dall'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006 (v., *ex multis*, Cass. 8.8.2011, n. 17087, in *GC Mass.*, 2011, 7-8, 1158; Cass. 18.3.2011, n. 6282, in *DeJure.it*; Cass. 5.6.2013, in *DeJure.it e GC Mass.*, 2013; Cass. 26.5.2015, n. 10834, in *ilgiustlavorista.it*, 2015, con nota di Apa).

La norma prevista dal Codice delle pari opportunità agevola il ricorrente prevedendo che – se questo fornisce elementi di fatto idonei a fondare la *mera* presunzione dell'esistenza di una discriminazione in ragione del sesso – è il convenuto a essere gravato dell'onere di provarne, invece, l'insussistenza. La norma dà espressamente rilevanza alla prova di carattere statistico: gli elementi di fatto possono essere dal ricorrente desunti *anche* da dati relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti (De Marzo 2007, 380-381).

Nel caso di specie, infatti, per provare la discriminazione la lavoratrice ha sottoposto all'attenzione del giudice il fatto che l'agenzia non avesse, per quasi un anno, somministrato al cliente-ultimo utilizzatore della ricorrente personale di sesso femminile, né coinvolto le sue dipendenti nella formazione in vista di una potenziale missione presso detta impresa, ragion per cui la lavoratrice non ha potuto godere in concreto delle medesime opportunità di collocamento dei suoi colleghi uomini.

Il riconoscimento della discriminatorietà del recesso è anche utile a chiudere il cerchio ed evidenziare che la sostanziale regolarità della procedura contrattuale-collettiva nulla garantisce circa la non discriminatorietà del licenziamento intimato al termine di essa.

4. — *La parametrizzazione dell'indennità risarcitoria* — Con riferimento alla determinazione dell'indennità di risarcimento, il Tribunale ha rigettato la richiesta dell'agenzia di commisurarla alla misura minima dell'indennità di disponibilità, mantenendo ferma la scelta compiuta dall'ordinanza resa in fase sommaria, di ancorarla alla retribuzione percepita dalla lavoratrice presso l'ultimo utilizzatore.

La sentenza in esame, partendo dall'assunto che l'indennità risarcitoria di cui all'art. 18 St. lav. deve essere parametrata al tipo di danno subito dal lavoratore e cioè alla retri-

buzione che il lavoratore avrebbe percepito se avesse lavorato (v. Cass. 17.07.2015, n. 15066, in *GC Mass.*, 2015), ha aderito a questa importante distinzione giurisprudenziale: nel caso in cui la cessazione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore e la collocazione del lavoratore in disponibilità sia avvenuta per fatto non imputabile all'agenzia, il risarcimento deve corrispondere all'indennità di disponibilità percepita dal lavoratore al momento del licenziamento; mentre, nel caso in cui vi sia stata indebita interruzione della missione da parte dell'agenzia, il danno consiste nella mancata prosecuzione della stessa e il risarcimento deve essere parametrato all'ultima retribuzione percepita nel rapporto dal quale il dipendente è stato illegittimamente estromesso (v. Cass. 11.11.2019, n. 29105, in *DeJure.it e GC Mass.*, 2019, ove nessuna allegazione né prova era stata dedotta dall'agenzia in ordine alla ragione posta alla base del licenziamento, ossia la cessazione del contratto di somministrazione con la società utilizzatrice; solo apparentemente *contra* v. Cass. 8.1.2019, n. 181, in *DeJure.it*, la quale in realtà aderisce alla stessa distinzione teorica dal momento che, nel caso concreto, la collocazione in disponibilità non era imputabile all'agenzia). In particolare, nel caso di specie, *nonostante* la seconda missione della lavoratrice presso l'impresa opponente fosse a tempo determinato e *nonostante* fosse scaduta naturalmente, il Tribunale ha ritenuto che la collocazione in disponibilità della lavoratrice fosse *comunque* avvenuta per fatto imputabile all'agenzia, perché essa ha continuato a fornire numerosi lavoratori all'ultimo cliente-utilizzatore della ricorrente.

Riferimenti bibliografici

- Arbanassi B. (2020), *Il licenziamento per g.m.o. del lavoratore a tempo indeterminato in somministrazione*, in *giustiziacivile.com*.
- Avanzi F. (2020), *Giustificato motivo oggettivo, repêchage e somministrazione. Analisi di un licenziamento individuale sui generis*, in <https://consulentidellavoro.mi.it>.
- Carinci M. T. (2011), *Clausole generali, certificazioni e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. n. 183/2010*, in Mazzotta O. (a cura di), *Il diritto del lavoro dopo il «Collegato» (L. 4 novembre 2010, n. 183)*, *Quaderni di Questione Lavoro*, 1, Terni, 10 ss.
- Centofanti S. (2011), *La certificazione dei contratti di lavoro*, in Cinelli M., Ferraro G. (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 17 ss.
- D'Ascenzo A. (2016), *Agenzie per il lavoro e licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Profili sostanziali della fattispecie e onere probatorio*, in www.bollettinoadapt.it.
- De Marco P. (2017), *Agenzie di somministrazione e licenziamento per g.m.o.*, in *LPO*, 5-6, 280 ss.
- De Marzo G. (2007), *Le disposizioni processuali*, in De Marzo G. (a cura di), *Il Codice della pari opportunità*, Giuffrè Editore, Milano, 369 ss.
- Del Punta R. (2017), *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in Perulli A. (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 31 ss.
- Ferraresi M. (2016), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, Torino.
- Impellizzeri G. (2020), *Quando la giurisprudenza contraddice il sindacato. L'obbligo di repêchage nel contratto di somministrazione, secondo la Corte di Cassazione*, in www.bollettinoadapt.it.

- Nogler L. (2011), *Opinioni sul «collegato lavoro»*, in *DLRI*, 129, 123 ss.
- Ponterio C. (2011), *Le motivazioni poste a base del licenziamento*, in Amato F., Mattone S. (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro, Quaderni di Questione Giustizia*, Franco Angeli, Milano, 62 ss.
- Romei R. (2017), *Natura e struttura dell'obbligo di repêchage*, in Perulli A. (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 96 ss.
- Tiraboschi M. (2011), *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice*, in Proia G., Tiraboschi M. (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano, 27 ss.

Elisa Parodi
Dottoressa in Giurisprudenza
presso l'Università di Torino