Memorandum

Riservato

|  |
| --- |
| [•] |
| A |
| Avv. Luisa Mian  Avv. Marcello Giustiniani |
| Da |
|  |
| CC |
| ***Il licenziamento per scarso rendimento*** |
| Riferimento |
| 19 giugno 2009 |
| Data |

Indice

[I. La fattispecie e il quesito 1](#_Toc493087165)

[II. Principi generali in tema di licenziamento per scarso rendimento 3](#_Toc493087166)

[II.A Lo scarso rendimento quale giustificato motivo soggettivo di licenziamento 3](#_Toc493087167)

[II.B Lo scarso rendimento quale giustificato motivo oggettivo di licenziamento 5](#_Toc493087168)

[III. Prime conclusioni 5](#_Toc493087169)

[IV. Le difficoltà e le criticità (comunque) sottese alla scelta di intimare un licenziamento per giustificato motivo soggettivo 6](#_Toc493087170)

[V. Ipotesi operativa 7](#_Toc493087171)

[VI. Suggerimenti per il futuro 8](#_Toc493087172)

# La fattispecie e il quesito

Nell’Unità Organizzativa *B*. operano un centinaio di dipendenti - distribuiti in due sedi: Cuneo e Torino - i quali ricevono le telefonate delle agenzie, rispondono alle varie richieste di informazioni ed effettuano le prenotazioni dei viaggi, tramite videoterminale.

Tali dipendenti si dividono in due gruppi:

* quelli che seguono le agenzie *Welcome e Partners* (il “***B.* Dedicato**”), concentrati nella sede di Cuneo;
* quelli che seguono tutte le altre agenzie, diverse da quelle appartenenti al circuito *Welcome e Partners* (il “***B.* Generalista**”), concentrati nella sede di Torino e, da qualche tempo, in un’“isola” istituita presso la sede di Cuneo.

Le telefonate in entrata sono gestite automaticamente dal centralino e smistate ai dipendenti in modo assolutamente casuale, senza alcuna distinzione o priorità e senza alcuna possibilità, per l’operatore, di selezionare le telefonate a seconda del tipo di prenotazione richiesta (a lungo raggio o corto raggio, di tipo *standard* o con gestione complessa).

I terminali su cui operano gli addetti al *B.* hanno identiche caratteristiche.

Ciascun addetto riceve periodicamente (da ultimo tramite *e-mail* riservata e personale) un aggiornamento sui risultati del lavoro personalmente svolto, in termini di fatturato generato per la società nel periodo di riferimento (il mese) e sulla propria personale produttività calcolata dividendo tale fatturato per le ore lavorate ed espressa in termini percentuali rispetto alla produttività media complessiva del gruppo (*B.* Dedicato o *B.* Generalista) di appartenenza.

Da un esame di tali risultati emerge che taluni dipendenti registrano costantemente una percentuale di produttività di molto inferiore alla media (anche del 60%).

Ci è stato chiesto di valutare la possibilità di procedere al licenziamento per scarso rendimento, nei confronti di tali soggetti, nonché di fornire le indicazioni ed i suggerimenti operativi più opportuni per contenere i rischi connessi all’impugnazione dell’ipotizzato provvedimento.

# Principi generali in tema di licenziamento per scarso rendimento

## Lo scarso rendimento quale giustificato motivo soggettivo di licenziamento

L’orientamento maggioritario della giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, inquadra la fattispecie dello scarso rendimento del lavoratore nella categoria del licenziamento per giustificato motivo di carattere soggettivo, ovvero del licenziamento «*determinato da un notevole inadempimento agli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro*» (art. 3 L. 604/1966).

Tra gli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro, tuttavia, vi è quello di «*usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta*» e quello di «*osservare le disposizioni per l’esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall’imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende*» (art. 2104 c.c.), ma non anche quello di garantire un determinato risultato, essendo l’obbligazione del lavoratore subordinato, pacificamente, un’obbligazione di mezzi (e non, appunto, di risultato).

Ciò spiega perché il rendimento inferiore ad un minimo (sia esso determinato unilateralmente dal datore di lavoro, fissato contrattualmente o risultante dal raffronto con i risultati di altri lavoratori), di per sé, non basta ad integrare il giustificato motivo soggettivo di licenziamento (non integrando un inadempimento contrattuale), occorrendo, invece, che esso sia l’effetto di un comportamento del lavoratore non conforme agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro (perché ad esempio svolge con ingiustificata lentezza la sua prestazione, si interrompe con eccessiva frequenza o troppo a lungo, si dedica ad altro in orario di lavoro, disattende le istruzioni impartite per lo svolgimento della prestazione[[1]](#footnote-1)…). E secondo l’orientamento giurisprudenziale più rigoroso (allo stato prevalente), spetta al datore di lavoro provare sia lo scarso rendimento in termini oggettivi che la negligenza quale causa dello scarso rendimento[[2]](#footnote-2) (la quale, peraltro, può essere provata anche attraverso presunzioni[[3]](#footnote-3)).

Ovviamente, poi, il risultato atteso deve essere oggettivamente esigibile e il suo mancato raggiungimento non deve dipendere da circostanze estranee al lavoratore (quali potrebbero essere fattori organizzativi e/o ambientali).

In quanto ricondotto alla categoria del giustificato motivo soggettivo di licenziamento - e dunque di natura disciplinare - al licenziamento per scarso rendimento si applica la procedura di cui all’art. 7 dello Statuto dei Lavoratori: è dunque necessario, a pena di nullità del provvedimento, procedere alla contestazione dell’addebito ed attendere le eventuali giustificazioni del lavoratore prima di comminare la sanzione espulsiva.

Secondo taluna giurisprudenza[[4]](#footnote-4), quando la misura del rendimento minimo non risulti esplicitata nel regolamento negoziale, i principi di correttezza e buona fede imporrebbero al datore di lavoro di “contestare” al lavoratore lo scarso rendimento con invito a migliorare la produttività (una sorta di “diffida ad adempiere”) prima di reagire alla situazione con provvedimenti definitivi.

## Lo scarso rendimento quale giustificato motivo oggettivo di licenziamento

Non mancano peraltro pronunce che ammettono la riconducibilità del licenziamento per scarso rendimento anche alla categoria del giustificato motivo oggettivo di licenziamento[[5]](#footnote-5) .

Autorevole dottrina ha osservato che «quando l’inadempimento del lavoratore sia tale da far venire meno la ragionevole prospettiva del regolare adempimento futuro, esso è suscettibile di rientrare anche nella nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento: in tal caso, infatti, l’evento ben può costituire - indipendentemente dalla sussistenza o no della colpa, rilevante sul piano disciplinare - una “ragione inerente all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”, rendendo prevedibile una perdita non ragionevolmente accollabile al datore di lavoro»[[6]](#footnote-6).

In tal caso, peraltro, il datore di lavoro potrà procedere al licenziamento solo dopo aver verificato l’insussistenza di posizioni equivalenti alle quali il lavoratore possa essere adibito (in ottemperanza al c.d. obbligo di *repechage*).

# Prime conclusioni

L’orientamento giurisprudenziale allo stato prevalente ed i rischi sottesi al mancato rispetto della procedura *ex* art. 7 dello Statuto dei Lavoratori (che renderebbe, per ciò solo, illegittimo e privo di effetti il licenziamento intimato per fatto imputabile al lavoratore) inducono a non percorrere la strada del giustificato motivo oggettivo - o quantomeno a non percorrerla in via esclusiva - ed a seguire, invece, ricorrendone i presupposti, quella del licenziamento disciplinare, sia pur con le difficoltà e le criticità ad esso sottese.

# Le difficoltà e le criticità (comunque) sottese alla scelta di intimare un licenziamento per giustificato motivo soggettivo

Da una analisi dei tabulati che ci sono stati forniti - opportunamente suddivisi in due distinti gruppi di lavoratori: gli addetti al *B.* Dedicato e gli addetti al *B.* Generalista - la Società sembrerebbe poter contestare (e successivamente provare), sotto il profilo oggettivo, e con riferimento a ciascun gruppo, lo scarso rendimento di taluno risultante dal raffronto con i risultati ottenuti dagli altri lavoratori appartenenti al medesimo gruppo (i quali svolgono identiche mansioni, con identici strumenti di lavoro ed interagiscono con la stessa “tipologia” di agenzie).

Stando a quanto ci è stato riferito, non altrettanto sembrerebbe potersi dire in ordine alla individuazione di specifici comportamenti inadempienti da parte dei lavoratori interessati.

Il fatto, poi, che la Società abbia per anni tollerato il fenomeno potrebbe rappresentare un ulteriore profilo di criticità. Se è vero, infatti, che l’inadempimento che sorregge il licenziamento per scarso rendimento deve esser “notevole”, nel senso che deve essere apprezzabile e duraturo, e dunque non limitato ad un breve periodo di tempo[[7]](#footnote-7), è vero anche che la contestazione disciplinare deve essere tempestiva rispetto al momento in cui il datore di lavoro viene a conoscenza dell’inadempimento del proprio dipendente (principio della cd. “immediatezza”), al fine di garantire a quest’ultimo la possibilità di utilmente difendersi[[8]](#footnote-8) ed al fine di non porre a rischio la certezza dei rapporti giuridici[[9]](#footnote-9).

# Ipotesi operativa

Alla luce di quanto sopra esposto, una preliminare contestazione disciplinare dello scarso rendimento seguita dall’applicazione di una sanzione conservativa - e più precisamente di un rimprovero scritto - pur non essendo necessaria, potrebbe contribuire a rafforzare la legittimità del successivo provvedimento espulsivo.

Ciò sotto un duplice profilo:

1. il dipendente verrebbe reso edotto - nell’ambito di questo primo (e non traumatico) procedimento disciplinare - che la situazione non è più tollerata dalla Società;
2. La Società avrebbe l’occasione - nel comminare il rimprovero scritto - di invitare il dipendente a migliore la produttività osservando certe regole di comportamento, esplicitando, per tal via, il tipo di diligenza e collaborazione che si attende dal lavoratore (ed il cui mancato rispetto potrà essere in futuro valorizzato come causa dello scarso rendimento).

Potrebbe accadere che la produttività del dipendente colpito dal provvedimento conservativo migliori, precludendo così alla Società la possibilità di procedere al suo successivo licenziamento. Ma qualora ciò non accadesse, La Società si troverebbe nella condizione di poter, più efficacemente, contestare a quello stesso dipendente lo scarso rendimento e il comportamento negligente/scarsamente collaborativo che ne rappresenta la causa.

Nel comminare, all’esito di un procedimento disciplinare, il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, potrebbe comunque essere utile evidenziare (nella stessa lettera di licenziamento), come la prestazione del lavoratore (a causa della sua inadeguatezza) si presenti oggettivamente incompatibile con il regolare funzionamento dell’organizzazione aziendale e tale da causare alla Società (in prospettiva) una ingente perdita di fatturato. In questo modo, nel caso in cui la Società non riuscisse a provare in giudizio l’inadempimento colpevole del lavoratore, il Giudice dovrebbe comunque verificarne la legittimità anche sotto il profilo del giustificato motivo oggettivo.

# Suggerimenti per il futuro

In futuro, al fine di rendere più agevole l’eventuale comminazione di licenziamenti per scarso rendimento e ridurre al minimo il rischio di impugnazione degli stessi, la Società potrebbe adottare i seguenti accorgimenti.

1. **Al fine di alleggerire l’onere della prova quanto all’elemento oggettivo dello scarso rendimento**, la Società potrebbe, oltre che promuovere l’efficienza della struttura attraverso campagne di incentivazione con premi agli addetti che raggiungono determinati risultati (come già avviene), fissare[[10]](#footnote-10), per ciascun gruppo di dipendenti (*B.* Dedicato, *B.* Generalista) dei parametri di rendimento minimo (commisurati alla produttività media dell’intera struttura) al di sotto dei quali la prestazione del singolo addetto venga considerata quantitativamente inadeguata (una sorta di “barriera di confronto” tra l’attività esigibile da parte datoriale[[11]](#footnote-11) e quella effettivamente ottenuta dal prestatore di lavoro). In questo modo verrebbe esplicitato il grado di diligenza medio (per quel tipo di mansione) che la società è legittimata ad aspettarsi da ogni singolo dipendente. Con questo provvedimento - che risponde ad un principio di trasparenza e, più in generale, di buona fede - la società sarebbe agevolata - in un futuro eventuale giudizio - nel provare che la prestazione del lavoratore, in ipotesi licenziato, era “notevolmente” inferiore alla soglia fissata come “minima”.
2. **Al fine di alleggerire l’onere della prova quanto all’elemento soggettivo della condotta negligente**, la Società potrebbe adottare una sorta di “*policy* interna” che ogni dipendente addetto al B. dovrebbe rispettare nello svolgimento delle proprie mansioni (ad es. quali sono i passi da compiere per effettuare correttamente la prenotazione con la maggiore efficienza possibile e la minima perdita di tempo; quali sono gli errori da evitare; etc.), con la precisazione che i dipendenti che non si attengono alla procedura (per negligenza, imperizia o semplice svogliatezza) potranno essere oggetto di procedimento disciplinare.

Restiamo a Vostra disposizione per ogni eventuale chiarimento.

Cordiali saluti

Avv. Marcello Giustiniani Avv. [•]

1. () Dottrina e giurisprudenza hanno, sotto questo profilo, attribuito rilevanza a comportamenti quali, ad esempio il non aver effettuato il numero di visite giornaliere previste (Cass. 22 gennaio 2009 n. 1632, in un caso relativo ad un operatore di vendita); il fatto di visitare solo i potenziali clienti di un certo comune (Cass. 3 maggio 2003 n. 6747, in un caso relativo ad un produttore assicurativo); l’inerzia del lavoratore e la sua limitata collaborazione con il responsabile della concessionaria e gli altri venditori, a fronte della vendita una modesta quantità di auto (Trib. Milano 10 novembre 2004, in un caso relativo ad un venditore di autovetture); continui ritardi e pause eccessivamente lunghe (Trib. Bergamo 29 gennaio 2003, in un caso relativo ad un operaio di una conceria; episodi di parziale inoperosità e mancato svolgimento delle mansioni attribuite (Pretura di Nola 5 marzo 1997, in un caso relativo ad un magazziniere, addetto al carico e scarico merci); più in generale, ogni episodio di imperizia, incapacità, atteggiamento disinteressato, voluta lentezza nell’espletamento della prestazione (TATARELLI “Il licenziamento individuale e collettivo”, Padova, 2006, 212) [↑](#footnote-ref-1)
2. Cfr., *ex plurimis*, Cass. 9 settembre 2003 n. 13194: «Nel licenziamento per scarso rendimento del lavoratore, rientrante nel tipo di licenziamento per giustificato motivo soggettivo, il datore di lavoro - a cui spetta l’onere della prova - non può limitarsi a provare solo il mancato raggiungimento del risultato atteso o l’oggettiva sua esigibilità, ma deve anche provare che la causa di esso derivi da colpevole e negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore nell’espletamento della sua normale prestazione; nella valutazione delle relative risultanze probatorie dovrà tenersi conto - alla stregua di un bilanciamento dei principi costituzionali sanciti dagli art. 4 e 41 cost. - del grado di diligenza normalmente richiesto per la prestazione lavorativa e di quello effettivamente usato dal lavoratore, nonché dell’incidenza della organizzazione complessiva del lavoro nell’impresa e dei fattori socio-ambientali». [↑](#footnote-ref-2)
3. Così, da ultimo, Cass. 7 maggio 2009 n. 10532. Con sentenza 28 marzo 2006 la Corte d’Appello di Torino, dopo aver ricordato che l’orientamento espresso dalla Suprema Corte secondo cui «il datore di lavoro, cui spetta l’onere di provare lo scarso rendimento del lavoratore non può limitarsi a provare solo il mancato raggiungimento del risultato atteso o l’oggettiva sua esigibilità ma deve anche provare che la causa di esso derivi da colpevole e negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore nell’espletamento della sua normale prestazione» ha ritenuto legittime le sanzioni disciplinari conservative comminate ad una lavoratrice cui era stato contestato lo scarso rendimento sulla base delle seguenti considerazioni: «L’oggettiva esigibilità della produzione richiesta emerge dai livelli di produttività pattuiti negli accordi aziendali (…), il mancato raggiungimento dei risultati emerge dai grafici e la imputabilità del mancato raggiungimento alla negligenza della lavoratrice è dimostrata dal fatto che tutti i 20 addetti al magazzino avevano medie produttive di molto superiori e che tutti svolgevano le stesse mansioni e si alternavano sulle varie linee di produzione». [↑](#footnote-ref-3)
4. Così Trib. Milano 8 ottobre 1994 (in sede d’appello). [↑](#footnote-ref-4)
5. In tale senso Cass. 25 luglio 2003 n. 11556: «Nel caso in cui il datore di lavoro abbia giustificato il licenziamento con un comportamento abituale del lavoratore indicato al tempo stesso come mancanza disciplinare e come comportamento oggettivamente incompatibile con il regolare funzionamento dell'organizzazione aziendale, il giudice, ove non ravvisi nel suddetto comportamento una mancanza disciplinare o inadempimento contrattuale del lavoratore, deve valutarlo sotto il profilo del giustificato motivo oggettivo». Cfr. anche Cass. 5 marzo 2003 n. 3250 e Cass. 22 gennaio 2009 n. 1632. [↑](#footnote-ref-5)
6. ICHINO, “Quando il comportamento scorretto tenuto continuativamente dal lavoratore costituisce al tempo stesso motivo disciplinare e motivo oggettivo di licenziamento”, in RIDL, 2004, 1, 142. [↑](#footnote-ref-6)
7. Così PRETEROTI, “Scarso Rendimento: indice sintomatico e segno non equivoco della negligenza?", in Argomenti di Diritto del Lavoro, 2004, 386 «La notevolezza dell'inadempimento, richiesta dall'art. 3 della legge n. 604 del 1966, non verrebbe stabilta *ex ante* dalle parti, ma si ravviserebbe nel ripetuto e magari eccessivo divario tra il risultato garantito (...) e il risultato effettivamente raggiunto». Anche secondo P. Nola-Pomigliano d’Arco, 5 marzo 1997, cit., «lo scarso rendimento colposo del lavoratore costituisce giustificato motivo soggettivo di licenziamento qualora si concretizzi in un notevole inadempimento (anche derivante dalla complessiva valutazione di una pluralità di infrazioni minori, sanzionate in via conservativa) dell’obbligazione contrattuale, quindi duraturo, apprezzabile e tale da coinvolgere la fiducia del datore di lavoro nell’esattezza dei futuri adempimenti da parte dello stesso lavoratore» [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr., *ex plurimis*, Cass. 13 giugno 2006 n. 13621: «Il principio della immediatezza della contestazione, che deve essere inteso con una ragionevole elasticità, è volto ad evitare che l’eccessivo differimento nel tempo renda eccessivamente difficile o addirittura impossibile la difesa del lavoratore» (nella fattispecie, la Suprema corte ha confermato la valutazione del giudice di merito che aveva ritenuto tardiva la contestazione disciplinare di una condotta (doppio lavoro) nota al datore di lavoro da almeno due anni). [↑](#footnote-ref-8)
9. La non tempestività della contestazione potrebbe infatti essere intesa come rinuncia ad avvalersi degli strumenti sanzionatori. La giurisprudenza sembra peraltro concorde nel ritenere che se la violazione riguarda doveri fondamentali del lavoratore (quali il dovere di diligenza e di obbedienza) l’importanza e la gravità di tali inadempimenti non è inficiata dall’eventuale tolleranza manifestata (in precedenza) dal datore di lavoro con riferimento ad episodi analoghi, e ciò vale soprattutto in tema di scarso rendimento In tal senso Corte d’Appello di Milano 17 dicembre 2003: «la condizione dell’immediatezza (come quella che segnala un punto di crisi nel rapporto di lavoro) (…) va valutata in concreto, e cioè con riferimento a tutte le caratteristiche del caso specifico. Allorquando il punto di crisi non è prospettato in un episodio singolo (o in un gruppo di episodi unificabili in un certo contesto temporale concentrato) ma in una situazione, è tutta la situazione che deve essere valutata al fine di individuare il punto in cui cessa di essere tollerabile»; Cass. 11 febbraio 2005 n. 1505: «La tolleranza da parte del datore di lavoro, di precedenti mancanze (…) non implica acquiescenza preclusiva della possibilità di un licenziamento per eguale infrazione successiva, atteso anche il presumibile progressivo abbassamento del limite entro il quale il datore di lavoro può essere indotto a tollerare la ripetizione di condotte antigiuridiche dei propri dipendenti, le quali lo legittimerebbero a recedere dal contratto» [↑](#footnote-ref-9)
10. Anche unilateralmente, meglio se nell’ambito di un accordo sindacale e meglio ancora se nell’ambito di un accordo con i singoli. Difficilmente, peraltro, gli addetti al *B.* attualmente in forza saranno disposti ad accettare una clausola di rendimento minimo. Più agevole parrebbe l’inserimento di una siffatta clausola in fase di assunzione di nuovi addetti al *B..* [↑](#footnote-ref-10)
11. Oggettivamente esigibile e adeguata. [↑](#footnote-ref-11)