



IL LICENZIAMENTO PER SCARSO RENDIMENTO

Avv. Michele Bignami
CBM & Partners – Studio Legale

Aldai – 8 novembre 2007



CBM & PARTNERS
STUDIO LEGALE

LICENZIAMENTO PER SCARSO RENDIMENTO: UN TABU'?

E' nozione di esperienza comune che il licenziamento per scarso rendimento (in seguito "SR") sia la tipologia di licenziamento **in assoluto meno utilizzata**.

Statisticamente il "**numero oscuro**" di licenziamenti motivati sostanzialmente da SR e formalmente da altre ragioni è assai rilevante.

Solo due eccezioni (**calcio e lirica**) ?

Perché si vuole licenziare per SR?

1. Per una questione di etica del lavoro o, se si vuole, di metodo
2. Per una questione di sinallagma contrattuale
3. Per una questione di politica aziendale di premiazione dei meritevoli e di punizione di chi non si impegna
4. Per non dare il cattivo esempio e far sì che il fenomeno si allarghi ad altri dipendenti

Ma anche perché in una organizzazione del **lavoro a team** o per squadre lo SR del singolo influisce negativamente sul rendimento dell'intero team (soprattutto in presenza di bonus di team). In questo caso più che in altri sono **gli stessi colleghi a chiedere l'allontanamento** e fornire spontaneamente le **prove e le testimonianze** utili in causa.

LICENZIAMENTO PER SR COME INADEMPIMENTO

Art. 3 L. 15 luglio 1966 n. 604: *“Il licenziamento per giustificato motivo (soggettivo ndr) con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro”.*

Art. 2119 cod. civ. Recesso per giusta causa: *“...qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto.”*

Art. 1455 cod. civ. Importanza dell'inadempimento (di qualsiasi rapporto contrattuale ndr) : *“Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra”.*

Art. 2104 cod civ. Diligenza del prestatore di lavoro : *“ Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende.”*

NOTEVOLE?

Come si inquadra la notevolezza nella definizione generale di risoluzione per inadempimento.

Notevole inadempimento = importante inadempimento?

A prima vista parrebbe di no. I termini non sono coevi e si deve presumere che il Legislatore del 1966 conoscesse il testo dell'art. 1455 cod. civ.

a) notevole > importante

Conseguenze: l'inadempimento deve essere qualcosa di più grave di importante.

Domanda: se fosse così, come si concilia con l'esistenza della giusta causa (che dovrebbe essere ancor più importante/notevole) e, soprattutto, con il preavviso?

b) notevole < importante

Conseguenze: è sufficiente un inadempimento meno importante per risolvere il contratto .

Domanda: se fosse così, si concilierebbe (in teoria) con il preavviso. Perché, allora, in pratica si utilizza così poco il GMS?

c) Notevole non è commisurabile ad importante

Conseguenze: dottrina e giurisprudenza sono libere di creare una nozione a sé stante di “notevole”.

Tale terza interpretazione è con tutta probabilità quella più corretta; definizione “giurisprudenziale”, più flessibile, facilmente aggiornabile a seconda delle mutate caratteristiche del mercato del lavoro: ma anche meno certa.

LA NOZIONE DI SCARSO RENDIMENTO E LA RILEVANZA GIURIDICA DEL RENDIMENTO DEL LAVORATORE SUBORDINATO

Art. 11 accordo interconfederale 18 ottobre 1950 reso erga omnes con **DPR 24 luglio 1960 n. 1011**: “In caso di scarso rendimento l’azienda procederà ad un’ammonizione scritta al lavoratore, segnalandolo alla Commissione interna che inviterà il lavoratore a **normalizzare** il proprio rendimento. Qualora l’azienda, considerando che queste ammonizioni non abbiano sortito il loro effetto, proceda al **licenziamento**, si applicherà la procedura di cui al presente accordo”.


Concettualmente, lo scarso rendimento è normalmente riferito, in dottrina e in giurisprudenza, a una “*insufficiente resa del prestatore dal punto di vista quantitativo*”.

La valutazione del rendimento del lavoratore deve muovere da **una analisi degli obblighi contrattuali assunti dal dipendente** e dall'apprezzamento di importanti elementi, in primis la diligenza richiesta e, in concreto, utilizzata dal lavoratore nell'esecuzione della prestazione: *“l'analisi riguardo lo scarso rendimento del lavoratore coinvolge valutazioni attinenti **all'individuazione precisa delle reciproche obbligazioni delle parti nel rapporto di lavoro, nonché dei limiti e dei rischi che gravano su di esse e in particolare sul datore di lavoro, quale imprenditore che organizza i fattori produttivi (fra cui la forza lavoro)**”*: Tribunale Bergamo, 24 marzo 2003

Il rendimento del lavoratore può assumere rilevanza giuridica essenzialmente sotto due diversi punti di vista:

- (a) per **premiare** il lavoratore (ad esempio, ogniqualvolta viene riconosciuta una parte variabile della retribuzione legata alla produttività individuale o comunque il compenso è legato al suo rendimento);
- (b) per **verificare l'esatto adempimento** delle obbligazioni contrattuali assunte (dunque, quale parametro di valutazione della prestazione resa),

In teoria dovrebbe esser situazioni speculari, due facce della stessa medaglia; vedremo che così non è.



Il rendimento del lavoratore subordinato costituisce un valore estremamente difficile da ricostruire (oltre che da misurare): infatti, la prestazione del lavoratore subordinato è tradizionalmente qualificata come **obbligazione di mezzi**, connotata da un *facere* e **non da un risultato**. Il lavoratore, infatti, non è obbligato al conseguimento di un risultato, ma a eseguire in favore del datore di lavoro l'attività lavorativa nei modi e nei tempi da questi stabiliti (art. 2094 c.c.).

IL RENDIMENTO MINIMO

Oggi, pur ammettendosi la distinzione tra obbligo di risultato e obbligo di attività, si afferma che ciò non significa, tuttavia che il **mancato raggiungimento di un rendimento minimo** non assuma alcuna rilevanza nell'ambito di tale rapporto.

La Corte di Cassazione ha più volte affermato che, sebbene non obbligato a un risultato, la prestazione del lavoratore subordinato non si esaurisce nella pura e semplice messa a disposizione delle proprie energie lavorative, in quanto la medesima prestazione deve essere costituita da “un fare utile” (nel senso che il lavoratore deve prestare una attività idonea a soddisfare un **interesse del datore di lavoro**).

Da ciò discende che un dovere di rendimento (di **prestazione proficua**) del prestatore di lavoro **non è ipotizzabile solo nel caso del cottimista**, ma anche del lavoratore a tempo, il quale, in quanto debitore di un fare utile, assume un obbligo di comportamento, improntato ex art. 2104 c.c. **alla diligenza** (che è criterio di valutazione dell'esattezza della prestazione resa).

LE CLAUSOLE DI RENDIMENTO

La giurisprudenza è concorde nel ritenere legittimo l'inserimento di **apposite clausole di rendimento**.

Tali clausole (cd. di rendimento minimo) costituiscono **meri parametri valutativi** dell'attività del lavoratore, e che pertanto un rendimento lavorativo inferiore al minimo contrattuale programmato può rappresentare solo un indice di una inesatta esecuzione del contratto, ma non prova dell'imputabilità di tale sottorendimento a negligenza del lavoratore.

Di conseguenza, sono considerate nulle le clausole contrattuali che prevedano la risoluzione automaticamente del contratto in caso di mancato raggiungimento dei livelli di rendimento ivi previsti ovvero che individuano un minimo di rendimento dovuto oggettivamente non raggiungibile



Dove sono contenute ?

Contratti individuali

Contratti aziendali

Regolamenti interni

“Guidelines” e “Policies” di gruppo



MISSION IMPOSSIBLE ?

Una prima verifica che sarà necessaria effettuare è se tali concordati rendimenti siano **oggettivamente raggiungibili**.

Essi, infatti, potrebbero essere stati irraggiungibili **sin dall'inizio** o l'impossibilità essere **sopraggiunta** durante il corso del rapporto per cause non imputabili al lavoratore (**concorrenza, crisi del mercato, crisi del prodotto, mutamento normativi, crisi economica, etc.**).

Potrebbero esser **non oggettivamente irraggiungibili** ma esserlo nel concreto dell'organizzazione messa disposizione del datore di lavoro

Il problema sussiste in caso di **assenza di clausole di rendimento** o all'ancor più centrale tema del mutamento degli stessi nel corso del tempo; **può il datore di lavoro innalzare unilateralmente il livello minimo di rendimento?**

COSI' FAN TUTTI

In assenza di predeterminazione espressa, la soglia minima di utilità della prestazione può determinarsi sulla base di un **criterio statistico-comparativo, con riferimento alla produttività media dei lavoratori che svolgono nell'ambito della stessa impresa le medesime mansioni a parità di inquadramento.**

In mancanza di un lavoratore comparabile il livello di rendimento concretamente esigibile può essere desunto anche dalla produttività, media, nel tempo, del medesimo dipendente. In entrambi i casi il livello di rendimento utilizzato come parametro di riferimento può esser qualificato come “**minimo d'uso**” (per distinguerlo da quello contrattuale) in quanto ricavato dalla verifica empirica della produttività media

Limite: se l'intero reparto lavora in situazione di SR o se si vuole imprimere un innalzamento del rendimento minimo, non funziona.

In tutti questi casi è opportuno predisporre un'indagine che possa in un'eventuale fase contenziosa supportare l'espletamento di una CTU.

Con riferimento a mansioni commerciali è spesso presa in considerazione la prestazione di chi opera nella **medesima area o in aree simili** oppure la prestazione a livello regionale o nazionale.

E' talvolta utile dimostrare che chi **in passato ha ricoperto le medesime mansioni** ha ottenuto un maggior rendimento; oppure ex post **chi ha sostituito il lavoratore licenziato**.

SR COME CAUSA DI LICENZIAMENTO


L'obiettivo ricorrenza di un rendimento inferiore a quello minimo contrattuale o d'uso o comunque alle aspettative legittime del datore di lavoro, costituisce un elemento rilevante al fine di valutare la sussistenza in concreto di una **giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo di licenziamento**, ma di per sé non è sufficiente a risolvere legittimamente il rapporto.

Il datore di lavoro può irrogare una sanzione disciplinare conservativa ovvero far valere lo scarso rendimento quale giustificato motivo soggettivo di licenziamento (ai sensi dell'art. 3 Legge 604/1966) **soltanto se il mancato raggiungimento del risultato atteso sia accompagnato dell'elemento soggettivo**, rappresentato dalla condotta negligente del prestatore di lavoro. Dunque, solo la contemporanea presenza dell'elemento oggettivo (scarso rendimento) e di quello soggettivo (colpa del lavoratore).

I SEI REQUISITI

La Suprema Corte ha individuato una serie di criteri volti all'accertamento dell'idoneità dello SR a costituire giustificato motivo soggettivo di licenziamento.

- 1) Il risultato disatteso dal lavoratore sia **effettivamente esigibile**, rientri cioè nelle possibilità medie dei lavoratori dotati della medesima qualifica e addetti a quelle specifiche mansioni;
- 2) La sussistenza di un comportamento **negligente del lavoratore**;
- 3) La presenza di un **nesso di causalità immediata** tra la negligenza e l'adempimento scadente del lavoratore;

- 
- 4) La carenza di rendimento (**duratura e apprezzabile**) costituisca inadempimento **notevole** degli obblighi assunti;
 - 5) Il sottorendimento **non sia imputabile a fattori socio-ambientali o all'organizzazione** dell'impresa;
 - 6) Lo scarso rendimento del lavoratore sia oggetto di preventiva e specifica **contestazione**

ALCUNI ESEMPI

- Assenteismo
- Eccesso di malattie a ridosso del week end
- Ritardi sul luogo di lavoro
- Eccessiva frammentazione del lavoro (pause)
- Eccessiva lentezza nello svolgere la propria attività
- Eccessivo numero di prestazioni errate

- Parziale adempimento delle mansioni
- Mancata visita dei clienti
- Rifiuto di visitare clienti residenti in certe aree
- Scarsa frequenza / brevità delle viste ai clienti
- Mancata partecipazione ai corsi di aggiornamenti sui prodotti o sui metodi di commercializzazione
- Mancati invio di planning di attività

- Mancato invio di report
- Falsi report
- False note spese
- Rifiuto di utilizzare mezzi di trasporto e di lavoro efficienti
- La vostra esperienza

INADEMPIMENTO NOTEVOLE

Non vi sono parametri oggettivi. Raramente si rinvengono riferimenti numerici; spesso si trovano riferimenti a contrario

Tribunale di Milano con sent 20 maggio 2005 aveva confermato il licenziamento di un top manager di una banca d'affari con stipendio che oscillava tra i 750.000 e il milione di dollari più le stock options e che aveva reso il **13,5%**.

La Pretura di Nola del 25 novembre 1995 si riferiva a prestazioni che si aggiravano sul **25% / 30%** dell'attività dovuta da contratto aziendale.

Il Tribunale di Bergamo con sentenza del 29 gennaio 2003 ammette la licenziabilità di un operaio addetto alla movimentazione di merce in presenza di rendimenti che, al massimo, hanno raggiunto il **25%**.

La Cassazione con sentenza 27 marzo 1987 approvava il licenziamento con rendimento di un produttore di strumenti assicurativi al **34%** e con sentenza del 2 febbraio 2005 un rendimento del **5,8%**.


La CA di Torino, 4 gennaio 2007 con riferimento ad un venditore, si “accontentava” di una performance sotto standard del **25%**.

Il Pretore 26 marzo 1990 e il **Tribunale di Foggia con 3 novembre 1992 insufficiente** ad integrare SR un sottorendimento del **20%**; in questo caso la Cassazione ha confermato le sentenze delle Corti di merito in relazione alla brevità del periodo preso in considerazione pari ad un **quadrimestre**.

Tali soglie destano più di una perplessità, soprattutto se riferite a mansioni commerciali e/o in presenza di clausole di rendimento; basti pensare cosa significherebbe, per l'azienda, “bucare” un budget del 20% ...

ONERE DELLA PROVA

La giurisprudenza, in applicazione al principio di cui all'art. 5 L. 604/1966, ha costantemente affermato che il datore di lavoro **non può limitarsi a fornire prova del (i) mancato raggiungimento del risultato atteso** (e, dunque, un rendimento inferiore all'uso, alle aspettative e alle eventuali previsioni minime contrattuali) e la sua oggettiva esigibilità, ma ha l'onere di provare che (ii) si tratta di un **notevole inadempimento** e che (iii) **questo deficit produttivo è riferibile almeno eziologicamente** alla persona del prestatore e, in particolare, a sua colpa.



Limite: il comportamento negligente è molto spesso omissivo e la prova di un comportamento negativo è spesso impossibile/inammissibile. La giurisprudenza, a questo proposito ha attinto a larghe mani al concetto di prova per presunzioni.

La prova della negligenza può essere assolto sulla base di un **complesso univoco di elementi presuntivi**. Il datore di lavoro potrà provare la negligenza **attraverso una analisi comparativa dei risultati conseguiti nel tempo dal lavoratore licenziato e dai colleghi, di pari livello, addetti alla medesima attività e operanti in analoghe condizioni ambientali e contrattuali**.

Grazie per l'attenzione

AVV. MICHELE BIGNAMI

mbignami@cbmlaw.it

CBM & PARTNERS – Studio Legale

[**www.cbmlaw.it**](http://www.cbmlaw.it)



CBM & PARTNERS
STUDIO LEGALE