Il licenziamento "economico" di un lavoratore in somministrazione. Analisi di un caso giurisprudenziale tedesco

In Germania, i requisiti di legittimità di un licenziamento per motivi legati all'attività aziendale (*betriebsbedingte Kündigung*) **sono simili a quelli del licenziamento "economico" italiano.** Ai fini della sua efficacia, esso richiede che il volume di lavoro si sia ridotto, tanto da comportare la decisione imprenditoriale di sopprimere il posto del lavoratore che s'intenda licenziare. Inoltre il licenziamento deve essere inevitabile, cioè il lavoratore non può essere adibito a mansioni equivalenti o di livello inferiore per disposizione o recesso modificativo (*Änderungskündigung*). Quest'ultimo si ha quando il datore di lavoro comunichi al lavoratore il licenziamento, offrendogli la prosecuzione del rapporto di lavoro ad altre condizioni che è facoltà del lavoratore, accettare con riserva, se le stesse non siano giustificate sotto l'aspetto sociale (*sozial ungerechtfertigt*)**.** Infine, il datore di lavoro deve fare una cosiddetta scelta sociale (*sozialauswahl*), cioè deve licenziare il lavoratore per il quale la perdita del posto di lavoro abbia effetti meno gravosi. I criteri della scelta sociale sono gli obblighi di mantenimento, l'anzianità di servizio, l'età e un'eventuale disabilità del lavoratore (vedi anche G. Weidmann, *Il licenziamento nel quadro normativo e giurisprudenziale tedesco*, in *I licenziamenti in Italia e Germania. Prime riflessioni post-riforma Fornero* a cura di R. Zucaro, ADAPT Labour Studies, e-Book series, 2013, n. 17.

Nel caso di licenziamento, per motivi legati all'azienda, di un lavoratore in somministrazione, secondo orientamento giurisprudenziale consolidato della Corte Federale del Lavoro (*Bundesarbeitsgericht*), espresso nel BAG 18 maggio 2006, 2 AZR 412/05, esso è legittimo qualora l'agenzia di somministrazione sia in grado di provare una durevole diminuzione delle missioni.

In relazione all'operare della "scelta sociale" in tale fattispecie, una recente sentenza, BAG 20 giugno 2013, 2 AZR 271/12, della Corte Federale del Lavoro ha illustrato per la prima volta alcuni principi. La fattispecie oggetto della controversia riguardava un'agenzia di somministrazione, che nella sua sede di Francoforte aveva più di 100 lavoratori e tra i propri clienti la K-GmbH. Il contratto di somministrazione tra l'agenzia e la K-GmbH non impediva esplicitamente alla prima la libera sostituzione di un lavoratore somministrato con un altro. Il ricorrente era a disposizione della K-GmbH come addetto alle pulizie, unitamente ad altri tre lavoratori legati da contratto di somministrazione, facente capo sempre alla medesima agenzia. Nel mese di settembre 2010, la K-GmbH comunicava all'agenzia di somministrazione che non necessitava più della prestazione del ricorrente. L'agenzia, non avendo la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni

equivalenti presso un altro cliente, lo licenziava per motivi legati all’attività aziendale.

Il lavoratore impugnava il licenziamento presso il Tribunale del Lavoro (*Arbeitsgericht*) di Francoforte, sostenendone l’illegittimità, in quanto avvenuto senza rispettare il criterio della scelta sociale, atteso che la perdita del posto di lavoro avrebbe avuto effetti meno gravosi per gli altri tre lavoratori messi a disposizione della K-GmbH. La resistente replicava che era vincolata alle scelte del cliente, che in caso contrario avrebbe probabilmente esercitato il diritto di recedere dal contratto di somministrazione.

Il Tribunale del Lavoro accoglieva la richiesta del lavoratore in primo grado. Il resistente proponeva appello al Tribunale Superiore del Lavoro (*Landesarbeitsgericht*) e poi ricorso di ultima istanza alla Corte Federale del Lavoro. Entrambi venivano integralmente rigettati.

La Corte Federale del Lavoro dichiarava nella sentenza che il resistente non aveva tenuto nel dovuto conto i criteri della scelta sociale e che per questo il licenziamento era illegittimo. Secondo la Corte anche gli altri tre lavoratori messi a disposizione della K-GmbH avrebbero dovuto essere inclusi nella scelta sociale e l’agenzia avrebbe dovuto licenziare uno di loro, anziché il ricorrente, perché per essi la perdita del posto di lavoro avrebbe avuto effetti meno gravosi.

La Corte si richiamava all’indirizzo giurisprudenziale consolidato, secondo cui l’ambito di riferimento della scelta sociale è l’intera azienda (*Betrieb*) e sono da includere pertanto nella stessa tutti i lavoratori comparabili,ossia coloro che secondo le loro competenze, capacità, e mansioni, sono sostituibili (BAG 22 marzo 2012, 2 AZR 167/11; BAG 15 dicembre 2011, 2 AZR 42/10). Nella motivazione della sua decisione, la Corte metteva in rilievo che nel caso della somministrazione i lavoratori che sono inviati in missione presso un’impresa utilizzatrice continuano a far parte dell’organizzazione aziendale dell’agenzia.Secondo le conclusioni della Corte, l’agenzia aveva diritto di sostituire liberamente i lavoratori messi a disposizione della K-GmbH con il ricorrente. Essa non era obbligata né contrattualmente, né secondo le regole di buona fede a mettere a disposizione un lavoratore specifico scelto dalla K-GmbH, in quanto la Corte sottolineava che la somministrazione è un’obbligazione generica. Di conseguenza l’agenzia aveva il diritto di

scegliere il lavoratore o di sostituirlo, avendo solo l’onere di sceglierne uno qualificato e idoneo alla mansione da svolgere.

La Corte Federale del Lavoro non si è espressa però sul fatto se l’esclusione del diritto di sostituzione nel contratto di somministrazione o l’espressa volontà dell’impresa utilizzatrice di sostituire uno specifico lavoratore, possano incidere sulla scelta sociale in senso limitativo. Perché, come accennato, il contratto di somministrazione con la K-GmbH non prevedeva un’esclusione del diritto di sostituzione e la convenuta non aveva provato che la K-GmbH avesse espresso la volontà di non voler più impiegare proprio il ricorrente.

Ad avviso di chi scrive, se le parti espressamente convengono che uno specifico lavoratore deve essere messo a disposizione o che la sostituzione del lavoratore è possibile solo dopo previo consenso dell’impresa utilizzatrice, questi tipi di accordi devono incidere sull’ambito di riferimento della scelta sociale. In tali casi, infatti, la somministrazione non è più un’obbligazione generica, ma specifica. Occorrerà, però, attendere successivi arresti giurisprudenziali per avere chiarimenti in merito.

Golo Weidmann

Rechtsanwalt e Fachanwalt für Arbeitsrecht presso lo studio legale WilmerHale LLP

Francoforte sul Meno

Rosita Zucaro

Scuola internazionale di Dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro

ADAPT-CQIA, Università degli Studi di Bergamo

@RositaZucaro

Il licenziamento “economico” di un lavoratore in somministrazione. Analisi di un caso giurisprudenziale tedesco

Scarica il pdf