

a cura di **Vincenzo Fabrizio Giglio**
Partner Lexia Avvocati

Rassegna del merito Corte d'Appello di Milano

RESTITUZIONE DI RETRIBUZIONI VARIABILI (CD. CLAUSOLA DI CLAW BACK)

Lavoro - Risoluzione consensuale e accordo transattivo - Restituzione retribuzioni variabili - Meccanismo di correzione ex post c.d. clausola di claw back - Comportamento gravemente colposo dell'ex dipendente.

L'accordo transattivo non estingue il diritto della Banca di azionare il claw-back - ossia il meccanismo di ripetizione della retribuzione variabile corrisposta al dirigente in caso di accertamento di condotte inadempienti o fraudolente (misconduct) da parte di quest'ultimo - che è del tutto estraneo all'oggetto della transazione.

¶ Corte d'Appello di Milano, 15 settembre 2022, n. 679 - Pres. Vitali; Est. Dossi - nel gravame su: Tribunale di Milano, sentenza n. 2301/2021

Nota

Un istituto di credito risolveva consensualmente il rapporto di lavoro con un suo dirigente, attraverso la stipulazione di una transazione, recepita in un verbale di conciliazione avanti la Commissione paritetica di conciliazione.

Successivamente, la banca comunicava all'ex dipendente la volontà di attivare il claw-back, ossia del meccanismo di correzione ex post che prevede la restituzione dei compensi già erogati dalle aziende al proprio personale sotto forma di parte variabile della retribuzione, in caso di misconduct del dipendente.

La banca lamentava, in particolare, di aver subito rilevanti pregiudizi dai comportamenti inadempienti dell'ex lavoratore, tra cui migliaia di richieste risarcitorie e contenziosi da parte dei clienti e un sequestro preventivo richiesto dalla Procura della Repubblica.

Deduciva che detti comportamenti erano stati accertati sia nel corso delle indagini penali instaurate dalla Procura della Repubblica, sia a seguito delle verifiche svolte da una società di consulenza, appositamente incaricata dall'istituto.

Il Tribunale, adito dal lavoratore, riteneva l'accordo conciliativo sottoscritto tra le parti nullo in quanto privo della clausola di claw-back prevista dalle norme della Banca d'Italia, ove venivano descritti i meccanismi di malus e claw-back, rispettivamente condizione sospensiva e condizione risolutiva della retribuzione variabile dei dipendenti.

In ragione di ciò, il Giudice di prime cure, ha riconosciuto la facoltà della banca di agire per la restituzione delle somme corrisposte all'ex dipendente a titolo di retribuzione variabile sulla base dei presupposti legislativamente previsti.

Inoltre, ad avviso del Tribunale, il comportamento gravemente colposo posto in essere dal lavoratore emergeva chiaramente dalla documentazione in atti, da cui traspariva una condotta gravemente colposa del dipendente. La Corte d'Appello successivamente chiamata ad esaminare il reclamo, confermava la decisione impugnata, dichiarando infondato l'appello proposto dal lavoratore, sulla scorta delle seguenti osservazioni.

Il Collegio ha rilevato che la transazione intervenuta tra le parti aveva un oggetto specifico (la risoluzione consensuale ed incentivata del rapporto di lavoro) e non conteneva rinunce da parte della banca, ma solo del dirigente, a fronte delle quali lo stesso aveva percepito un importo a titolo di «corrispettivo transattivo».

Secondo la Corte, dunque, non si trattava di una transazione generale, bensì di una transazione relativa a specifici diritti discendenti dal rapporto di lavoro, ossia quelli attinenti alla cessazione del rapporto.

Ne deriva che l'accordo transattivo non estingueva il diritto dell'istituto di credito di azionare il claw-back - ossia il meccanismo di ripetizione della retribuzione variabile corrisposta al dirigente in caso di accertamento di condotte inadempienti o fraudolente (misconduct) da parte di quest'ultimo - che è del tutto estraneo all'oggetto della transazione.

Sul punto la Corte d'Appello, condividendo le argomentazioni svolte dal Giudice di prime cure, ha altresì preci-

sato che, ove in ipotesi si ritenesse che attraverso l'accordo transattivo la banca abbia rinunciato al diritto di azionare il claw-back, tale accordo dovrebbe ritenersi nullo per violazione delle disposizioni - imperative e inderogabili - di cui al Testo Unico Bancario e successive modifiche, secondo cui i sistemi di remunerazione e incentivazione devono essere soggetti a meccanismi di correzione ex post mediante previsione di clausole di claw-back e malus, con nullità di ogni patto o clausola non conformi.

Infine, il Collegio ha ritenuto priva di censure la sentenza impugnata nella parte in cui il Tribunale ha ritenuto che il sequestro preventivo, disposto su richiesta della Procura della Repubblica, abbia determinato un danno significativo per la l'istituto di credito, anche in termini di detrimento di immagine, idoneo a giustificare l'applicazione del meccanismo di claw-back.

Nel caso esaminato, dunque, la Corte d'Appello ha confermato la decisione del Tribunale, rigettando l'appello proposto dall'ex dipendente.

LICENZIAMENTO RITORSIIVO

Lavoro - Licenziamento per mancato superamento del periodo di prova - Licenziamento ritorsivo - Nullità del licenziamento - Danno da demansionamento - Danno biologico.

Il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta che questa sia, [...] costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito (diretto) o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione (indiretto), che attribuisce al licenziamento il connotato della ingiustificata vendetta.

¶ Corte d'Appello di Milano, 19 settembre 2022, n. 708 - Pres. Vitali; Est. Dossi - nel gravame su: Tribunale di Milano, sentenza n. 3070/2021

Nota

Una lavoratrice agiva in giudizio nei confronti del proprio datore di lavoro che l'aveva licenziata per mancato superamento del periodo di prova.

In particolare, la dipendente durante un colloquio aveva espresso al datore di lavoro le proprie perplessità circa la mancata formazione e l'adibizione a mansioni non consona alla disciplina contrattuale. Successivamente, la stessa, inviava una mail alla società lamentando che non era stata messa in condizioni di svolgere le mansioni proprie del

ruolo per il quale era stata assunta. Quello stesso giorno la dipendente veniva licenziata per mancato superamento della prova.

Il Tribunale, adito dalla lavoratrice, ha ritenuto che la vicenda integrava un caso esemplare di ritorsività, attribuendo valenza dirimente alla contiguità temporale tra il colloquio con la società, la comunicazione via email della lavoratrice ed il recesso comunicato lo stesso giorno dopo poche ore.

In particolare, il Giudice di prime cure ha ritenuto che, collocato nel contesto fattuale e temporale cui effettivamente apparteneva, il licenziamento si appalesava quale ingiusta reazione ad una serie di richieste del tutto legittime della lavoratrice.

In ragione di ciò, il Tribunale ha dichiarato la nullità del licenziamento comunicato alla ricorrente, per mancato superamento del periodo di prova, in quanto ritorsivo; conseguentemente, ha condannato la società a reintegrare la lavoratrice nel posto di lavoro precedentemente occupato e a corrisponderle un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per il periodo compreso tra il giorno del licenziamento e quello dell'effettiva reintegrazione, in misura comunque non inferiore a cinque mensilità, nonché al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali per il medesimo periodo.

Il Tribunale ha condannato, inoltre, la società al risarcimento del danno da demansionamento patito dalla ricorrente, nonché al risarcimento del danno biologico, liquidato all'esito di CTU medico-legale.

La Corte d'Appello, successivamente chiamata ad esaminare il reclamo, dichiarava fondato l'appello proposto dalla società e meritevole di accoglimento, sulla scorta delle seguenti osservazioni.

Il Collegio ha preliminarmente osservato che il motivo ritorsivo rappresenta un motivo illecito, sicché, ove esso costituisca ragione unica e determinante del licenziamento, il licenziamento è nullo ai sensi degli artt. 1418, comma 2, 1345 e 1324 Cod. civ. Inoltre, ha precisato la Corte, il motivo illecito assume rilevanza anche in relazione al licenziamento comunicato in periodo di prova o al termine della prova, da ritenersi invalido qualora risulti il perseguimento di finalità illecite. Ha, infine, aggiunto che l'onere di provare la ritorsione e/o il motivo illecito grava interamente sulla parte che li allega, alla stregua della regola generale di riparto dell'onere probatorio ex art. 2697 Cod. civ. Nel caso di specie, in base alle allegazioni in fatto e agli elementi di prova, secondo la Corte emergeva un quadro di reciproca insoddisfazione in ordine allo svolgimento del

rapporto, conseguentemente il licenziamento per mancato superamento della prova risultava coerente con tale situazione. Inoltre, il Collegio ha osservato che l'esercizio del potere di recesso deve essere coerente con la causa del patto di prova, con la precisazione che tale patto mira ad accertare non solo la capacità tecnica ma anche la personalità del lavoratore e, in genere, l'idoneità dello stesso ad adempiere gli obblighi di fedeltà, diligenza e correttezza, sicché il potere discrezionale del datore di lavoro di recedere nel corso del periodo di prova è legittimamente esercitato quando riflette l'accertamento e la valutazione non soltanto degli elementi di fatto concernenti la capacità professionale del lavoratore, ma anche degli elementi concernenti il comportamento complessivo dello stesso.

La Corte ha poi precisato che incombe sul lavoratore licenziato dimostrare sia il positivo superamento del periodo di prova, sia che il recesso è stato determinato da un motivo illecito e quindi, estraneo alla funzione del patto di prova. Sul punto la Corte d'Appello, diversamente da quanto ritenuto dal Giudice di prime cure, ha reputato il motivo di licenziamento del tutto lecito e pienamente coerente con la funzione del patto di prova, ossia la valutazione negativa sulle attitudini della lavoratrice, rilevando come gli elementi allegati dalla dipendente a sostegno della pretesa natura ritorsiva del recesso fossero lacunosi e non conclusivi.

Infine, il Collegio ha ritenuto non sussistente il lamentato demansionamento e che la società avesse assolto all'onere probatorio sulla stessa gravante, dimostrando che l'assegnazione della lavoratrice a mansioni appartenenti alla qualifica legale e al livello contrattuale di inquadramento posseduti, nonché corrispondenti al profilo professionale indicato nella lettera di assunzione.

Nel caso esaminato, dunque, il Collegio ha integralmente accolto l'appello proposto dalla società, concludendo per la integrale riforma della sentenza appellata che aveva dichiarato la nullità del licenziamento, con caducazione anche dei capi connessi inerenti la reintegrazione nel posto di lavoro, il risarcimento del danno, ivi incluso quello derivante dal demansionamento e dal danno biologico, nonché il versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA

Lavoro - Contestazione disciplinare - Licenziamento per giusta causa - Invio delle lettere di contestazione e di licenziamento ad indirizzo inesistente - Inefficacia del licenziamento irrogato in forma orale.

La spedizione di un atto al corretto indirizzo del destinatario non basta, da sola, per presumere che il destinatario l'abbia conosciuto. A tal fine è invece necessario che il plico sia effettivamente pervenuto a destinazione, in quanto il principio di presunzione di conoscenza, posto dall'art. 1335 cod. civ., opera per il solo fatto oggettivo dell'arrivo della dichiarazione nel luogo di destinazione, ma non quando l'agente postale, ancorché errando, l'abbia rispedito al mittente, dichiarando essere il destinatario sconosciuto.

¶ Corte d'Appello di Milano, 29 settembre 2022, n. 771 - Pres. Mantovani; Est. Bertoli - nel gravame su: Tribunale di Lodi, sentenza n. 54/2022

Nota

Un lavoratore all'esito di un procedimento disciplinare veniva licenziato per giusta causa dal datore di lavoro.

Il Tribunale, adito dal lavoratore, dichiarava l'illegittimità del licenziamento irrogato perché comunicato in forma orale, evidenziando che le lettere di contestazione e di licenziamento disciplinare non erano mai pervenute al domicilio del dipendente, con conseguente applicazione delle tutele di cui all'art. 2, D.Lgs. n. 23/2015.

La Corte d'Appello, successivamente chiamata ad esaminare il reclamo, confermava la decisione impugnata, dichiarando infondato l'appello proposto dal datore di lavoro, sulla scorta delle seguenti osservazioni.

La società datrice di lavoro aveva inviato la lettera di contestazione ad un indirizzo pacificamente inesistente e, successivamente, aveva inviato la lettera di licenziamento ad un diverso indirizzo che, in base alle allegazioni documentali, in particolare dalla ricevuta di ritorno della raccomandata, era risultato anch'esso inesistente.

La lettera di licenziamento, come quella di contestazione disciplinare, dunque, risultavano inviate ad indirizzi non esistenti, ragione per cui il lavoratore non ne ha avuto, e non poteva averne, conoscenza.

Secondo la società, tali indirizzi, erano stati rinvenuti rispettivamente il primo, dalla carta di identità del lavoratore, infatti per tutta la durata del rapporto di lavoro l'appellato aveva ritirato le proprie buste paga, riportanti tale luogo di residenza, senza nulla contestare in ordine all'esattezza dell'indirizzo indicato. Il secondo indirizzo, invece, era stato comunicato dal dipendente in una mail inviata alla società.

La Corte d'Appello ha, tuttavia, rilevato che l'appellante non aveva censurato il capo di sentenza - divenuto quindi definitivo- nel quale il Tribunale aveva escluso che fosse di provenienza del lavoratore la mail con la

quale, a dire della società, il lavoratore medesimo avrebbe indicato il suo nuovo indirizzo.

Orbene, spiega la Corte, appurata l'inesistenza (anche) dell'indirizzo cui la lettera di licenziamento è stata inviata; esclusa, in ogni caso, la riferibilità del medesimo indirizzo al dipendente appellato; non impugnato (nemmeno) il passaggio motivazionale della decisione con cui il primo Giudice ha ravvisato la tardività dell'allegazione circa l'inadempimento del lavoratore all'obbligo di comunicare alla società eventuali variazioni di residenza, rispetto a quanto dichiarato nel contratto di assunzione; del tutto corretta risulta la dichiarazione di nullità del recesso datoriale e l'individuazione delle tutele applicabili.

Infatti, prosegue la Corte, la presunzione di conoscenza di un atto - nella specie la lettera di licenziamento - del quale sia contestato il suo pervenimento a destinazione, non è integrata dalla sola prova della spedizione della raccomandata, essendo necessaria, attraverso l'avviso di ricevimento o l'attestazione di compiuta giacenza, la dimostrazione del perfezionamento del procedimento notificatorio. Rammenta, inoltre, la Corte che la spedizione di un atto al corretto indirizzo del destinatario non basta, da sola, per presumere che il destinatario l'abbia conosciuto. A tal fine è invece necessario che il plico sia effettivamente pervenuto a destinazione, in quanto il principio di presunzione di conoscenza, posto dall'art. 1335 cod. civ., opera per il solo fatto oggettivo dell'arrivo della dichiarazione nel luogo di destinazione, ma non quando l'agente postale, ancorché errando, l'abbia rispedito al mittente, dichiarando essere il destinatario sconosciuto. A maggior ragione l'inoperatività della presunzione opera con riguardo all'ipotesi di invio della comunicazione ad un indirizzo che non abbia alcun collegamento con il destinatario. Nel caso esaminato, dunque, anche la Corte d'Appello ha confermato la decisione del Tribunale.

ORARIO DI LAVORO E TEMPO DELLA TIMBRATURA

Lavoro - Orario di lavoro - Tempo della timbratura - Inapplicabilità dell'accordo sindacale ai lavoratori non aderenti - Prescrizione dei crediti di lavoro.

È da considerarsi orario di lavoro anche l'arco temporale comunque trascorso dal lavoratore medesimo all'interno dell'azienda nell'espletamento di attività prodromiche ed accessorie allo svolgimento, in senso stretto, delle mansioni affidategli, ove il datore di lavoro non provi che egli sia ivi libero di autodeterminarsi ovvero non assoggettato al potere gerarchico.

¶ Corte d'Appello di Milano, 7 novembre 2022, n. 782 - Pres. Cuomo; Rel. Casella - nel gravame su: Tribunale di Milano, sentenza n. 2653/2021

Nota

Alcuni lavoratori presentavano ricorso avverso un accordo aziendale stipulato dalla società con alcune sigle sindacali alle quali i lavoratori non avevano aderito, il quale prevedeva che il tempo intercorrente tra l'accesso presso la sede aziendale e l'attestazione della presenza, che sarebbe dovuta avvenire mediante registrazione on line sulla propria postazione di lavoro, non era considerato orario di lavoro, rimanendo quindi il lasso di tempo necessario per timbratura in entrata, in uscita e pausa pranzo, fuori da copertura retributiva e contributiva. I lavoratori, dunque, chiedevano il riconoscimento delle differenze retributive o dell'attività straordinaria dovuti. Il Tribunale, adito dai lavoratori, ha risolto la controversia pronunciandosi a favore di questi ultimi, rilevando che nell'orario di lavoro è incluso non solo il tempo nel quale il dipendente è applicato alle proprie mansioni, ma anche quello impiegato per espletare incombenze e adempimenti preliminari e/o propedeutici necessari e strumentali allo svolgimento delle mansioni assegnate, quando queste attività preliminari siano indispensabili e le loro modalità e i loro tempi di esecuzione siano dettati, direttamente o indirettamente, dal datore di lavoro o dipendano comunque da sue scelte organizzative.

In ragione di ciò, il Giudice di prime cure, ha ritenuto provato in modo adeguato dai lavoratori l'esercizio del potere direttivo e disciplinare da parte del datore di lavoro nel periodo intercorrente tra l'accesso tramite tornelli e l'accesso al programma software per registrare la presenza. Conseguentemente, il Tribunale ha dichiarato la parziale nullità dell'accordo sindacale aziendale, poiché determinava un ampliamento dell'orario di lavoro riducendo la retribuzione, aggiungendo all'orario fissato dal Ccnl una porzione iniziale e una finale, nonché una intermedia, all'inizio e alla fine della pausa pranzo non retribuita, così disponendo dei diritti individuali indisponibili dei lavoratori senza che gli stessi avessero mai dato alcun mandato specifico alle organizzazioni sindacali che lo avevano sottoscritto. Infatti, sottolineava il Tribunale, tale accordo era stato siglato dalla società con alcune sigle sindacali, ma non dal sindacato al quale i ricorrenti avevano aderito. L'accordo non era pertanto loro applicabile, posto che gli stessi avevano anche manifestato il loro totale dissenso.

La Corte d'Appello, successivamente chiamata ad esami-

nare il reclamo, confermava la decisione impugnata, dichiarando infondato l'appello proposto dalla società sulla scorta delle seguenti osservazioni.

Il Collegio ha rilevato che le attività di timbratura in entrata e in uscita, sono da ritenersi accessorie e propedeutiche all'attività lavorativa in senso stretto, sia per quanto riguarda gli spostamenti all'interno dell'edificio, rispetto al momento della timbratura ai tornelli, che per i tempi necessari per l'avvio del personal computer e accesso alla registrazione on line. Conseguentemente, ad avviso del Collegio, si tratta di un intervallo temporale strettamente collegato alla attività lavorativa che non può ritenersi estraneo alla prestazione.

Inoltre, precisa la Corte, la sussistenza dell'eterodirezione, è ravvisabile sia relazione alle attività di registrazione e di disconnessione on line (attività che si svolgono in ambiente di lavoro; utilizzando software e hardware aziendali; seguendo protocolli e istruzioni definiti dall'azienda), sia anche per il tempo necessario per raggiungere, all'interno dell'edificio, la propria postazione lavorativa, e viceversa per raggiungere l'uscita, tant'è vero che al lavoratore è chiesto di segnalare il proprio ingresso e la propria uscita dall'edificio valendosi della macchina marcatempo.

La Corte ha, altresì, respinto le doglianze della società in ordine alla inscindibilità delle clausole degli accordi sindacali in quanto, secondo il Collegio, la società non aveva fornito alcuna prova che senza detta clausola non avrebbe sottoscritto l'accordo. Né una simile condizione o previsione risultava specificata nell'accordo sindacale. Quanto alle differenze retributive, il Collegio ha ritenuto corretta la quantificazione operata dai lavoratori. Infine, la Corte d'Appello ha respinto l'eccezione di prescrizione quinquennale dei crediti maturati anteriormente alla notifica del ricorso di primo grado. Premessa la genericità dell'eccezione formulata dalla società, il Collegio ha ritenuto che la prescrizione non decorra in costanza di rapporto.

Nel caso esaminato, dunque, la Corte d'Appello ha confermato la decisione del Tribunale, rigettando l'appello proposto dal datore di lavoro.

LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA

Lavoro - Licenziamento per giusta causa - Contestazione disciplinare - Genericità degli addebiti - Insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento - Aliunde perceptum.

Ai fini della sottrazione dell'aliunde perceptum dalle retribuzioni dovute al lavoratore, è necessario che risulti la prova, il cui onere grava sul datore di lavoro, non solo del fatto che il lavoratore licenziato abbia assunto nel frattempo una nuova occupazione, ma anche di quanto percepito, essendo questo il fatto che riduce l'entità del danno presunto.

¶ Corte d'Appello di Milano, 2 settembre 2022, n. 72 - Pres. e Rel Vignati - nel gravame su: Tribunale di Milano, sentenza n. 2121/2021

Nota

Un lavoratore, subiva una contestazione disciplinare, all'esito della quale veniva licenziato per giusta causa.

In particolare, la società datrice di lavoro, aveva contestato al dipendente di aver posto in essere attività di storno dei dipendenti in favore di una società concorrente. Il Tribunale, adito dal lavoratore, ha risolto la controversia pronunciandosi a favore di quest'ultimo, rilevando la genericità degli addebiti, contrassegnati da carenze di prova dei fatti e, in ogni caso, non aventi il disvalore dedotto dall'impresa. Secondo il Giudice di prime cure, il testo della contestazione disciplinare, era viziato da una genericità che investiva l'inquadramento, anche temporale, delle modalità delle condotte sommariamente imputate al dipendente, non essendo neppure presenti nella contestazione dei precisi riferimenti in ordine alle persone coinvolte nelle attività imputate al lavoratore.

In ragione di ciò il Tribunale, nel riscontrare l'assenza degli estremi della giusta causa per insussistenza del fatto, ha annullato il recesso ai sensi dell'art. 3 comma 2 del D.Lgs. n. 23/2015 e ha condannato la datrice di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata alle retribuzioni dalla data del licenziamento sino a quella del reintegro, in ogni caso nel limite delle 12 mensilità di legge, oltre accessori, oltre a versamenti contributivo/assistenziali e alla rifusione dei 2/3 delle spese di lite.

La Corte d'Appello successivamente chiamata ad esaminare il reclamo, confermava la decisione impugnata, dichiarando infondato l'appello proposto dalla società, sulla scorta delle seguenti osservazioni.

Il Collegio ha rilevato che gli elementi esposti dal Tribunale davano pienamente conto di una contestazione disciplinare rivolta al lavoratore con inemendabile astrattezza accompagnata da evidenti profili di genericità. Ad avviso del Collegio, non è valorizzabile alcuno degli elementi cui l'appellante ha inteso dare risalto, poiché in

ogni caso si tratta di dati e conseguenze basate su supposizioni o tesi scarsamente corroborate da riscontri.

Inoltre, ha precisato la Corte, gli addebiti enunciati nella lettera di contestazione rappresentano una serie di accuse e di doglianze apodittiche poiché in alcun modo argomentate, dettagliate e arricchite da particolari di fatto necessari a sostanziare, prima di tutto, gli estremi dei fatti e delle condotte ascritti al lavoratore e, per altro concomitante verso, le condizioni favorevoli alla predisposizione di un'attività difensiva appropriata e consapevole da parte del dipendente incolpato.

La Corte ha, quindi, ritenuto la contestazione monca di elementi costitutivi essenziali e per questa ragione la stessa non poteva essere assunta quale base per fare progredire l'azione disciplinare sino alla soglia del recesso che si presenta, quindi, invalido sotto il profilo del fatto contestato da ritenersi in definitiva insussistente nel senso stimato dal primo Giudice e produttivo del rimedio riparatorio e risarcitorio adottato.

Infine, la società appellante, aveva lamentato l'omessa enucleazione da parte del Giudice di prime cure dell'aliunde perceptum essendosi al proposito il Tribunale risolto nel senso di una pronuncia generica.

Secondo il Collegio, questo tipo di doglianza non ha fondamento se si considera che il tema dell'aliunde perceptum decurtabile dall'ammontare risarcitorio è condizionato dagli elementi di prova che in proposito è tenuta ad offrire la datrice di lavoro. Sul punto la Corte ha precisato che in tema di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro che invochi l'aliunde perceptum da detrarre dal risarcimento dovuto al lavoratore, deve allegare circostanze di fatto specifiche e, ai fini dell'assolvimento del relativo onere della prova su di lui incombente, è tenuto a fornire indicazioni puntuali, rivelandosi inammissibili richieste probatorie generiche o con finalità meramente esplorative.

Nel caso esaminato, dunque, la Corte d'Appello ha confermato la decisione del Tribunale, rigettando l'appello proposto dal datore di lavoro.

INDENNITÀ DI ALLOGGIO E RETRIBUZIONE

Lavoro - Retribuzione e benefit - Elementi costitutivi - Indennità alloggio - Natura retributiva

Nell'ipotesi di erogazione continuativa di un emolumento nell'ambito del rapporto di lavoro, spetta al datore che abbia allegato la cessazione della «causa debendi» dimostrare, ai fini dell'accertamento della non

spettanza dell'attribuzione, la natura non retributiva del predetto emolumento, dovendo escludersi che gravi sul lavoratore - a seguito di tale deduzione - l'onere di provare la sussistenza di altra fonte di debito.

Deve allora affermarsi che va presunta la natura retributiva di un reiterato e costante pagamento che si verifichi nell'ambito di un rapporto di lavoro, spettando al solvens dimostrare l'insussistenza di essa. Quindi, non potendo la dimostrazione che fare leva su elementi contrari rispetto all'esistenza di quel titolo, dovrebbe provarsi l'effettivo e concreto verificarsi di un errore oppure l'insussistenza o l'inidoneità giuridica dei fatti che la stessa controparte in concreto abbia addotto quale fondamento della persistente attribuzione retributiva

¶ Corte d'Appello di Milano, 28 novembre 2022, n. 835 - Pres. Mantovani; Est. Perna - nel gravame su: Tribunale di Milano, sentenza n. 2766/2021, Est. Lombardi

Nota

Il Tribunale di Milano accoglieva la domanda di ripetizione di indebito ex art. 2033 Cod. civ. di un Istituto di credito nei confronti di una lavoratrice dipendente e, pertanto, condannava quest'ultima alla restituzione della somma di Euro 73.413,87, indebitamente percepita a titolo di indennità di alloggio.

Il Giudice di prime cure, inoltre, respingeva la domanda riconvenzionale della convenuta, che era finalizzata all'accertamento del perdurante diritto all'erogazione della voce indennitaria e, in via subordinata, al riconoscimento dell'indennità di alloggio ex art. 88 del CCNL Credito.

Il Giudice sottolineava come la lavoratrice, a seguito di diverse vicende societarie del gruppo bancario, fosse stata assegnata all'ufficio di Media Relations presso la sede aziendale di Bologna, ove le veniva riconosciuta una indennità di alloggio pari a Euro 1.178,32 mensili.

Inoltre, dopo aver esaminato il documento col quale la banca aveva disposto tale indennità, rilevava come la stessa fosse strettamente collegata alla sistemazione abitativa della lavoratrice a Bologna, ed evidenziava come l'attribuzione fosse prevista per un periodo massimo di 5 anni a condizione che il rapporto di lavoro rimanesse in essere e che perdurasse la condizione abitativa in relazione alla quale l'indennità medesima era stata disposta.

Dopo alcuni anni dal trasferimento a Bologna, la lavoratrice veniva trasferita presso la sede di Verona e le veniva accordata un'altra indennità, di Euro 700,00 mensili, per la sistemazione abitativa in tale città.

Tuttavia, anche successivamente al trasferimento a Verona, la banca aveva continuato da erogare l'indennità di Euro.1.178,32 mensile, finché, dopo 10 anni, l'istituto bancario aveva agito per la restituzione delle somme corrisposte a titolo di indennità di alloggio.

Il Giudice di prime cure, ritenuta la sopravvenuta carenza della ragione giustificativa dell'attribuzione economica, ha assunto la sussistenza dell'indebito relativamente alle somme erogate a titolo di indennità.

La dipendente ha, pertanto, proposto appello contro la sentenza di primo grado, lamentandone l'erroneità e l'insussistenza del venir meno della ragione giustificatrice dell'attribuzione economica.

Secondo l'assunto della lavoratrice, dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del rapporto emergeva l'intervenuta modifica per facta concludentia dell'assetto convenzionale inizialmente pattuito, con mutamento del titolo originale dell'attribuzione economica, la quale era divenuta un elemento continuativo, costante e stabile della retribuzione, sostenendo che la prova del contrario incombeva sulla banca.

Inoltre, sosteneva la lavoratrice, la banca aveva effettuato periodici controlli sulle erogazioni retributive della dipendente e, pertanto, era ben consapevole sia dell'erogazione, sia della sua debenza, dal momento che solo dopo l'introduzione del giudizio per demansionamento da parte della lavoratrice la banca si era avveduta dell'errore.

Secondo la Corte, l'appello non merita accoglimento per le seguenti ragioni.

Il tenore del documento istitutivo dell'indennità di alloggio, ad avviso del Collegio, è chiaro nel ricondurre il titolo dell'attribuzione economica alla sussistenza della sistemazione abitativa in Bologna, oltre che a fissarne la cessazione decorsi 5 anni, oppure a seguito del venir meno dell'esigenza abitativa per cui l'indennità è sorta.

Ad avviso della Corte, pertanto, l'interpretazione del documento istitutivo dell'indennità è corretta ed immune da vizi logici: essa afferma, infatti, il venir meno della causa solvendi al momento della cessazione dell'esigenza abitativa in Bologna.

Tuttavia, il Collegio è chiamato anche a pronunciarsi relativamente al significato e alle conseguenze della condotta della banca, che ha erogato le somme a titolo di indennità per 10 anni e, in particolare, all'accertamento del mutamento del titolo dell'attribuzione, quindi all'eventuale intervenuta contrattualizzazione dell'indennità ed inclusione tra le voci della retribuzione.

Nel caso in esame, la lavoratrice ha sostenuto l'intervenuta contrattualizzazione dell'indennità in ragione del

decorso del tempo e della continuità dell'erogazione, senza, tuttavia, allegare alcuna ragione e alcun titolo specifico in grado di legittimare la permanenza dell'obbligazione in capo alla banca.

La Corte d'Appello, richiamando la giurisprudenza di legittimità, ha affermato che spetta al datore che abbia dedotto la cessazione della «causa debendi» dimostrare la natura non retributiva di tale emolumento, mentre grava sulla lavoratrice la prova della sussistenza di un'altra causa giustificatrice dell'erogazione dell'indennità.

Secondo il Collegio, nel caso in esame, è incontestabile che l'indennità fosse connessa all'esigenza abitativa della lavoratrice in Bologna e che originariamente non avesse natura retributiva.

Inoltre, attraverso la documentata allegazione del trasferimento a Verona, la banca ha assolto adeguatamente l'onere di provare il venir meno della originaria causa giustificatrice dell'erogazione. Viceversa, la lavoratrice non ha allegato alcun fatto concreto in grado di giustificare la maggiore retribuzione percepita, limitandosi ad una generica affermazione del mutamento del titolo da indennitario a retributivo e ciò in forza del perdurare dell'erogazione.

L'assenza di allegazione di fatti giuridici idonei al mutamento della causa debendi, ribadisce, quindi, il difetto di fondamento dell'indennità. Il Collegio, pertanto, ha confermato la sentenza di primo grado.

LICenziAMENTO DISCRIMINATORIO

Lavoro - Licenziamento per superamento del periodo di comporta - Discriminazione - Disabili -

L'art. 2 della direttiva 2000/78/CE (intitolato "Nozione di discriminazione") al paragrafo 2 lettera b) prevede che sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale rispetto alle altre persone, a meno che: tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

¶ Corte d'Appello di Milano, 9 dicembre 2022, n. 1128 - Pres. Rel. Mantovani - nel gravame su: Tribunale di Milano, ordinanza del 22 giugno 2022, Est. Saioni

Nota

Un lavoratore dipendente che aveva lavorato come operaio con inquadramento al 3° livello del CCNL Servizi di Pulizia alle dipendenze di una cooperativa era licenziato per superamento del periodo di comporto.

Il lavoratore impugnava il licenziamento per ottenere la declaratoria di nullità dello stesso a causa della discriminazione diretta posta in essere dalla Cooperativa e la conseguente reintegrazione nel posto di lavoro, oltre alla corresponsione di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione e comunque in misura non inferiore a cinque mensilità.

Il Giudice di primo grado rigettava integralmente le pretese del lavoratore, il quale ricorreva in appello.

Egli, in qualità di soggetto disabile, ha invocato, in sede d'appello, la tutela in materia antidiscriminatoria, sostenendo che la applicazione nei suoi confronti della norma sul comporto prevista dal CCNL Multiservizi rappresenta una discriminazione indiretta e come tale deve essere sanzionata, dato che, pur essendo apparentemente neutra perché riferibile alla generalità dei lavoratori, in realtà comporta una situazione di svantaggio per i lavoratori disabili. Secondo la Corte, la tesi deve essere accolta.

I Giudici di seconde cure hanno rilevato che è documentale che il lavoratore sia stato licenziato per avere effettuato 375 giorni di malattia e che un considerevole numero di giorni, detratti i quali non verrebbe superato il periodo di comporto, sono riconducibili ad assenze per coxartrosi e per il successivo impianto di artro - protesi all'anca destra.

La Corte richiama, quindi, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui la nozione di handicap, ai sensi della direttiva 2000/78, deve essere intesa come riguardante una limitazione di capacità risultante in particolare da durature menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori. Per disabilità, quindi, deve intendersi, secondo la Corte, la condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in in-

terazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e tale menomazione sia di lunga durata. Lo stato di disabile in capo al lavoratore è ravvisabile, in quanto egli, all'epoca dei fatti, era affetto da coxartrosi (malattia infiammatoria cronica, che colpisce l'articolazione dell'anca, caratterizzata dall'usura progressiva della cartilagine articolare della suddetta articolazione), che sicuramente incideva sulla sua vita lavorativa, come si ricava dal verbale della visita medica aziendale da cui risulta che era stato giudicato temporaneamente non idoneo alla mansione specifica, con diagnosi di displasia dell'anca destra e con prescrizione di eseguire accertamenti clinico strumentali a tale articolazione. Ad avviso del Collegio, pertanto, la natura e la gravità della malattia di cui soffriva il lavoratore implicava in modo stabile una difficoltà nell'esercizio dell'attività lavorativa, oltre che la necessità di fruire di periodi di cura e riposo più frequenti rispetto ai colleghi non affetti da disabilità. La Corte ritiene, pertanto, che l'art. 51 del CCNL Multiservizi, pur sorretto da finalità legittima, produca un effetto discriminatorio se riferita ad un lavoratore disabile, travalicando, in questa ipotesi, i limiti necessari al perseguimento della finalità lecita ad essa sottesa, in assenza di qualsiasi specifico temperamento a tutela della posizione del disabile. Alla luce dei suddetti principi, l'applicazione della citata norma contrattuale collettiva alla fattispecie in esame, trascurando di distinguere tra le assenze dovute a malattia e le assenze dovute alla patologia correlata alla disabilità, ha comportato una discriminazione indiretta nei confronti del lavoratore. La Corte, infine, ribadisce che la discriminazione rileva oggettivamente, quindi è del tutto ininfluenza, ai fini del riconoscimento della discriminatorietà di un atto, che la datrice fosse o meno a conoscenza delle condizioni di salute del lavoratore: ciò che la legislazione prende in considerazione è l'effetto oggettivamente considerato del trattamento discriminatorio. La Corte, quindi dichiara discriminatoria la condotta tenuta dalla cooperativa nei confronti del lavoratore dichiara nullo il licenziamento comunicatogli, poiché il superamento del periodo di comporto è stato determinato dalle assenze determinate dalla sua disabilità.