



AULA 'B'

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO**

Oggetto: Lavoro somministrato -
compenso incentivante

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LUCIA ESPOSITO

- Presidente -

Dott. CATERINA MAROTTA

- Consigliere rel. -

Dott. ANDREA ZULIANI

- Consigliere -

Dott. SALVATORE CASCIARO

- Consigliere -

Dott. ILEANA FEDELE

- Consigliere -

R.G.N. 8301/2016

Cron. C.C. 10/01/2023

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 8301-2016 proposto da:

(omissis) (omissis) lettivamente domiciliato in

(omissis)

presso lo

studio dell'avvocato

(omissis)

che lo rappresenta e difende disgiuntamente

all'avvocato

(omissis)

;

- ricorrente -

contro

(omissis)

(omissis)

- intimata -

nonché contro

(omissis) S.P.A.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 347/2015 della CORTE D'APPELLO di BRESCIA, pubblicata il 9/11/2015 R.G. n. 257/2015;



udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 10/1/2023 dal Consigliere Dott. CATERINA MAROTTA.

Rilevato che:

1. con sentenza del 9 novembre 2015 la Corte d'appello di Brescia, in parziale riforma della decisione del Tribunale di Mantova (che, tra l'altro, aveva condannato in solido la (omissis) (omissis) e la (omissis) S.p.A. al pagamento in favore di (omissis) (omissis) del compenso incentivante per il periodo successivo al 1° ottobre 2011), rigettava la domanda proposta dal (omissis)- lavoratore somministrato presso (omissis) (omissis) nel periodo dall'8 agosto 2008 al 31 luglio 2012 in forza di otto contratti di somministrazione a termine e relative proroghe, con mansioni di addetto alla guida della autoambulanze - intesa, appunto, ad ottenere il pagamento del compenso incentivante;

la Corte territoriale esponeva che non era stato appellato da (omissis) (omissis) il capo della sentenza di primo grado che aveva dichiarato illegittimo il ricorso alla somministrazione e condannato la utilizzatrice al risarcimento del danno, in misura di dieci mensilità di retribuzione;

nel merito dell'impugnazione, osservava che, trattandosi di somministrazione e termine, fermo restando il principio di parità di trattamento retributivo con i dipendenti dell'utilizzatore, occorreva considerare che l'obbligo di pagamento della retribuzione gravava sulla agenzia di somministrazione, che nulla poteva sapere di obiettivi e compensi aggiuntivi legati alle modalità della prestazione sicché ancor più che per il lavoro a termine non era ipotizzabile la ripartizione del compenso, legato alla produttività annuale o pluriennale, a chi non era inquadrato stabilmente in ruolo;

il (omissis) era stato inviato in missione presso la (omissis) (omissis) per periodi brevi, seguiti da proroghe a loro volta brevi; nell'arco temporale di quattro anni erano stati conclusi otto distinti contratti e ventuno proroghe, il che evidenziava che egli era inviato a lavorare per far fronte a convenzioni con il servizio 118 o con il soccorso di (omissis) senza essere coinvolto nel programma per il conseguimento degli obiettivi di rendimento previsti;

non era ipotizzabile che ad un lavoratore somministrato in forza di contratti di un mese o poco più potessero essere posti obiettivi diversi dal mero svolgimento della prestazione nel turno assegnato, tanto più che il rapporto di dipendenza non era con l'ente;

la disposizione dell'art. 32 c.c.n.l. enti pubblici non economici 2002/2005 deponiva nel senso della sussistenza di ipotesi di astratta compatibilità con la prestazione a tempo determinato di durata annuale, che dovevano, tuttavia, essere compiutamente allegare dalla parte ricorrente;



nella specie, il (omissis) si era limitato ad affermare di avere svolto mansioni di autista, senza riferire se avesse lavorato in *equipe* con colleghi a tempo indeterminato, se a questi ultimi fossero stati fissati obiettivi e quali, se tali obiettivi fossero stati raggiunti e verificati o, al limite, se i compensi fossero stati corrisposti a tutti i lavoratori a tempo indeterminato, indipendentemente da tale verifica;

la carenza di allegazione avrebbe reso inaccoglibile la domanda anche nel caso di dipendente diretto di (omissis) (omissis)

l'ulteriore elemento dato dalla triangolazione tipica della somministrazione e le concrete modalità con cui la somministrazione si era svolta - con l'utilizzo del lavoratore per far fronte a singole esigenze di copertura dell'organico di autista - deponevano per la totale incompatibilità della sua prestazione con la fissazione di obiettivi annuali, ai quali non lavoratore saltuario non poteva che rimanere estraneo;

2. ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza (omissis) (omissis) articolato in quattro motivi di censura;

3. l'agenzia di somministrazione (omissis) S.p.A. e la (omissis) (omissis) cui il ricorso è stato inizialmente notificato presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato, sono rimasti intimati;

4. con ordinanza interlocutoria del 29/3/2022 questa Corte, rilevata la nullità della notifica invalidamente eseguita alla (omissis) (omissis) presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato, ne ha disposto d'ufficio la rinnovazione all'Avvocatura generale dello Stato ex art. 291 cod. proc. civ. entro il termine di 60 giorni dalla comunicazione dell'ordinanza medesima;

5. il ricorrente ha provveduto a depositare la notifica del ricorso per cassazione alla (omissis) (omissis) effettuata con le modalità e nei termini indicati nell'ordinanza suddetta;

6. la (omissis) (omissis) non ha svolto attività difensiva;

7. il ricorrente ha depositato memoria.

Considerato che:

1. con il primo motivo la parte ricorrente denuncia, ai sensi dell'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ., in relazione all'art. 23 d.lgs. n. 276/2003, all'art. 5 direttiva 2008/104/CE e all'art. 26 c.c.n.l. dei dipendenti delle agenzie per il lavoro, assumendo l'erronea ripartizione in sentenza degli oneri probatori;

espone che la domanda era fondata sul diritto dei lavoratori utilizzati in somministrazione a percepire il medesimo trattamento retributivo dei dipendenti a tempo indeterminato dell'utilizzatore, a parità di mansioni e di condizioni di lavoro, sulla base



dell'art. 5 della direttiva 2008/104/CE, dell'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, dell'art. 26, comma 1, c.c.n.l. Agenzie per il lavoro 2009;

tale trattamento comprendeva il compenso incentivante, secondo la contrattazione collettiva, nazionale ed integrativa, applicata da (omissis) (omissis) art. 32, comma 2, c.c.n.l. enti pubblici economici 1998/2001 ed artt. 19 e 20 c.c.n.l. del personale non dirigente di (omissis) (omissis) 006/2009; 23-25 c.c.n.l. del personale del personale non dirigente di (omissis) (omissis) 011);

in punto di fatto, egli aveva allegato di avere sempre operato con modalità identiche a quelle dei dipendenti di (omissis) (omissis) addetti alle medesime mansioni di autista e di non avere percepito il compenso incentivante che (omissis) (omissis) aveva corrisposto a questi ultimi;

era dunque, piuttosto, onere della convenuta allegare le ragioni obiettive atte a giustificare, a fronte della identità di inquadramento e mansioni, un trattamento retributivo diverso;

(omissis) (omissis) on solo non aveva assolto a tale onere ma neppure aveva contestato l'allegata identità della prestazione e delle condizioni di lavoro del (omissis) rispetto a quelle dei dipendenti dell'ente, limitandosi a sostenere che il compenso incentivante sarebbe stato previsto dalla contrattazione collettiva soltanto in favore del personale a tempo indeterminato previa assegnazione di obiettivi e verifica dei risultati;

(omissis) (omissis) neppure aveva indicato quali obiettivi fossero stati assegnati agli addetti alla guida delle autoambulanze assunti a tempo indeterminato, che percepivano tutti indistintamente il compenso incentivante;

il ricorrente assume, altresì, che dalla disciplina collettiva - art. 26, comma 7, c.c.n.l. Agenzie di Lavoro, c.c.n.l. (omissis) (omissis) 006-2009, e 2011, c.c.n.l. enti pubblici non economici 1998/2001, art. 32 - risultava il diritto dei lavoratori in missione a percepire il compenso incentivante;

2. la seconda censura è proposta, ai sensi dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., per «omessa motivazione circa un fatto decisivo per il giudizio», sul rilievo che, avendo (omissis)

(omissis) eccepito quale unico fatto impeditivo del diritto la disciplina della contrattazione collettiva, che, secondo le difese dell'ente, avrebbe riservato il compenso incentivante al personale assunto a tempo indeterminato, la Corte di merito avrebbe dovuto limitare il suo esame a detta eccezione;

3. con il terzo mezzo si torna a dedurre, ai sensi dell'art. 360 n. 5, cod. proc. civ., l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, assumendo che, a seguito dell'accertamento della irregolarità della somministrazione, il giudice del merito avrebbe dovuto considerare il rapporto di lavoro alla stregua di un rapporto di fatto alle dipendenze di (omissis) (omissis)



4. il quarto motivo è proposto, ai sensi dell'art. 360 n. 3, cod. proc. civ., per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 115 e 416, comma 3, cod. proc. civ., in relazione alla statuizione fondata sulla saltuarietà della prestazione svolta presso (omissis) (omissis)

il ricorrente lamenta che l'affermazione del suo invio in missione per far fronte a singole e sporadiche esigenze dell'utilizzatore non corrispondeva alle allegazioni del ricorso introduttivo, in cui si era dedotto il proprio inserimento stabile e continuativo, per un quadriennio, nell'organico di (omissis) (omissis) ircostanza che in causa era rimasta incontestata e che era comunque provata dalla acquisizione documentale disposta dal Tribunale;

5. i motivi, da trattare congiuntamente in quanto intrinsecamente connessi, sono fondati nei termini di seguito illustrati;

6. va premesso che la questione dell'attribuzione dei benefici incentivanti ai lavoratori con rapporto di lavoro a termine con la (omissis) (omissis) ha già costituito oggetto di alcune pronunce della Corte (tra le altre, Cass. n. 10746 del 2017; Cass. n. 715 del 2020; Cass. n. 26453 del 2021);

7. si è affermato, in particolare, quanto segue:

a) il compenso incentivante di cui all'art. 32 del c.c.n.l. Enti pubblici non economici 1999-2001, legato al raggiungimento di determinati e specifici obiettivi, non è incompatibile con la natura determinata del rapporto di lavoro, sicché la mancata corresponsione anche ai dipendenti a tempo determinato della (omissis) (omissis) si pone in contrasto con la disciplina contrattuale di settore e, data l'assenza di ragioni oggettive che giustifichino il trattamento differenziato, con il divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato sancito dal d.lgs. n. 368 del 2001, art. 6, in attuazione della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato oggetto della direttiva n. 99/70/CEE;

nelle richiamate pronunce è stato, dunque, escluso che la sola teorica previsione di programmi ed obiettivi, in assenza di specifiche ed esplicitate ragioni, costituisca elemento idoneo a far ritenere l'inapplicabilità del compenso anche ai lavoratori con rapporto a termine e che dunque sia configurabile un'incompatibilità 'ex se';

b) in merito, poi, alla corretta ripartizione dell'onere probatorio è stato affermato che sull'ente datore ricade l'onere di allegazione e prova della sussistenza di elementi precisi e concreti tali da giustificare la disparità di trattamento tra lavoratori con rapporto a termine e quelli assunti a tempo indeterminato; il lavoratore è, invece, tenuto a provare quale fonte negoziale integrante fatto costitutivo del proprio diritto, la prestazione lavorativa a tempo determinato, l'inquadramento ricevuto e l'inadempimento all'obbligo di corresponsione del trattamento retributivo;



8. i medesimi principi vanno applicati ai contratti di somministrazione a termine;
ed infatti il vincolo di parità di trattamento previsto dall'art. 23 d.lgs. n. 276/03 (nel testo vigente all'epoca dei contratti stipulati fino all'1/11/2011) è chiaro là dove la norma prevede, al comma 1, che: «*I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte [...]*»;

anche nella versione di cui alle modifiche introdotte dall'art. 7, comma 1, lettera a), del d.lgs. 2 marzo 2012, n. 24 (modifiche vigenti dal 6/4/2012 al 17/7/2012 e, dunque applicabili al contratto relativo al periodo 6.4.2012-30.4.201, successivamente e più volte prorogato) è previsto che: «*Per tutta la durata della missione presso un utilizzatore, i lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a condizioni di base di lavoro e d'occupazione complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte*»;

non sussistono, invero, ragioni per interpretare l'indicata normativa in modo diverso rispetto all'art. 6 del d.lgs. n. 368/2001 per i lavoratori a termine e, del resto, la stessa Corte territoriale non dubita che il principio di parità di trattamento si applichi anche ai contratti di somministrazione di lavoro;

9. nello specifico, la Corte d'appello non ha revocato in dubbio il prospettato svolgimento da parte del (omissis) delle medesime attività (autista di ambulanza) svolte dai dipendenti a tempo indeterminato;

inoltre, pur affermando che i rapporti di somministrazione in questione erano stati reiterati e prorogati (tanto da integrare, come ritenuto già da giudice di prime cure con decisione, sul punto, passata in giudicato, un ricorso abusivo alla somministrazione da parte della (omissis) (omissis) e che il lavoratore aveva prestato, per tutto il periodo dei contratti, le medesime mansioni dei colleghi assunti a tempo indeterminato, ha escluso, come detto, la spettanza del compenso incentivante per essere mancata la prova, posta erroneamente a carico del lavoratore, del raggiungimento degli obiettivi programmati nell'ambito dei fini istituzionali dell'Ente;

così argomentando non ha fatto corretta applicazione dei principi affermati da questa Corte e sopra richiamati;

10. pertanto, in accoglimento del ricorso, la sentenza va cassata con rinvio, anche per le spese del presente giudizio, alla Corte d'Appello di Milano, che nel decidere la controversia si atterrà ai principi sopra richiamati in relazione ai suddetti fatti di causa;

11. il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del presente giudizio di legittimità;



12. la fondatezza del ricorso rende inapplicabile il disposto dell'art. 13, comma 1 *quater*, d.P.R. n. 115/2002, come modificato dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228, quanto al raddoppio del contributo unificato.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Milano.

Così deciso nella Adunanza camerale del 10 gennaio 2023

Il Presidente

Dott. Lucia Esposito

