

Questioni operative

Offerta di conciliazione: monitoraggio ministeriale

Eufranio Massi – Esperto in diritto del lavoro

Con la nota prot. n. 2788 del 27 maggio 2015, il Ministero del lavoro, fino a quel momento alquanto silente, ha fornito, attraverso la Direzione Generale per i sistemi informativi, l'innovazione tecnologica e la comunicazione, i primi chiarimenti su una singola materia prevista dall'art. 6 del D.Lgs. n. 23/2015 concernente il c.d. contratto a tutele crescenti, quella consistente nell'obbligo di comunicazione mediante il servizio delle comunicazioni on-line dell'avvenuta o mancata conciliazione relativa all'offerta facoltativa avanzata dal datore di lavoro a seguito di un licenziamento.

Comunicazione obbligatoria

Il Legislatore delegato ha previsto che, entro i sessantacinque giorni successivi al licenziamento, ai fini del monitoraggio dell'istituto, al quale la fiscalità pubblica concorre in modo cospicuo attraverso la non applicazione dell'Irpef sulla somma, predeterminata dalla norma, il datore effettui una comunicazione (l'obbligo è assolvibile attraverso un modello "UNILAV conciliazione", disponibile sul portale www.cliclavoro.gov.it) circa la data dell'offerta, l'esito della conciliazione, la sede e l'importo proposto (accettato o meno dal lavoratore): tale modello va utilizzato a partire dal 1° giugno. Esso comporta anche la registrazione sul portale con l'accesso all'applicazione scaturente dall'inserimento del codice di comunicazione rilasciato al momento della cessazione del rapporto (*rectius* per licenziamento), con possibilità di visualizzare e stampare un riepilogo della comunicazione effettuata.

Lavoratori interessati

La nota ministeriale, ricorda che l'offerta di conciliazione si riferisce a tutti i lavoratori assunti a tempo indeterminato (con esclusione dei dirigenti) a partire dal 7 marzo 2015, a tutti coloro che

sono interessati da una trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato o da un consolidamento del rapporto di apprendistato al termine del periodo formativo, già in essere prima della data sopra citata e ai dipendenti già in forza presso un'azienda che per effetto delle nuove assunzioni intervenute, superano la soglia fatidica delle quindici unità dipendenti.

Sede della conciliazione e sanzioni per omessa comunicazione

A conclusione della lettera, la Direzione Generale ricorda che:

a) la conciliazione deve avvenire in una delle sedi protette, ossia avanti alla commissione provinciale di conciliazione, istituita presso la Direzione territoriale del lavoro (art. 410 c.p.c.), in sede sindacale (art. 411 c.p.c.) o presso una delle sedi di certificazione (ad esempio, presso gli ordini provinciali dei consulenti del lavoro, presso le Università accreditate, ecc.) individuate dal D.Lgs. n. 276/2003;

b) la sanzione amministrativa per l'omessa comunicazione è compresa tra 100 e 500 euro ed è onorabile, attraverso l'istituto della diffida, con il pagamento nella misura minima, secondo le procedure individuate dall'art. 14 del D.Lgs. n. 124/2004.

Fin qui, per sommi capi, la nota ministeriale che (sicuramente, perché non di competenza della Direzione generale che l'ha scritta) non affronta altri problemi operativi, rispetto ai quali è opportuno provare a fornire alcune risposte.

Finalità della conciliazione e accettazione dell'assegno

L'offerta di conciliazione è finalizzata ad evitare l'alea del giudizio e, in un certo senso, è strettamente correlata al venir meno della procedura di

Jobs Act

conciliazione obbligatoria prevista per le imprese con un organico superiore alle quindici unità per licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Il datore di lavoro, nei sessanta giorni successivi al licenziamento, può, di propria iniziativa, offrire al lavoratore in una sede protetta (commissione provinciale di conciliazione – 410 c.p.c. -, sede sindacale – 411 c.p.c. -, organismi di certificazione – Enti bilaterali, Province, se costituite le commissioni, Direzioni del lavoro, Ordini provinciali dei Consulenti del lavoro – art. 82 del D.Lgs. n. 276/2003) una somma, esente da imposizione fiscale e non assoggettata ad alcuna contribuzione previdenziale, pari ad una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto strettamente correlata ad ogni anno di servizio, in misura non inferiore a due e non superiore a diciotto: il tutto attraverso la consegna di un assegno circolare (e, forse, si poteva pensare anche ad altra modalità di pagamento ugualmente certa e meno “burocratica e stringente”). Le somme appena citate sono ridotte della metà e con un tetto massimo di sei mensilità nelle imprese dimensionate sotto le sedici unità e nelle organizzazioni di tendenza.

L'accettazione dell'assegno ha una duplice conseguenza: l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia a qualsiasi impugnativa, pur se già proposta in sede giudiziale.

Gli importi ulteriori stabiliti in sede conciliativa a chiusura di ogni possibile pendenza derivante dall'intercorso rapporto di lavoro sono soggette al regime fiscale ordinario.

La norma appena descritta sollecita alcune riflessioni.

L'offerta per la conciliazione, che va fatta per iscritto, entro il termine perentorio dei sessanta giorni, è “gravata” dall'onere della comunicazione on-line circa l'avvenuta o non avvenuta conciliazione da effettuarsi entro i sessantacinque giorni, è di natura facoltativa e si presenta abbastanza favorevole per il lavoratore il quale, anche in considerazione dell'abbattimento dell'Irpef, può ottenere un importo notevolmente vicino a quello che potrebbe ottenere in giudizio (vanno tenute presenti anche le spese legali): a ciò va aggiunto che, in caso di ricorso giudiziale, i tempi per la decisione saranno, prevedibilmente più lunghi, atteso che ad esso non si applicherà il c.d. rito Fornero, ma l'usuale rito ordinario. Se il datore di lavoro dovesse attendere a presentare la

propria offerta, potrebbe succedere che scada il termine perentorio dei sessanta giorni, soprattutto se decida di attendere l'impugnativa del licenziamento che potrebbe arrivare al sessantesimo giorno o anche oltre, nel caso in cui la stessa sia notificata con lettera raccomandata inviata l'ultimo giorno.

A questo punto vanno affrontati, ad avviso di chi scrive, due problemi.

Criticità

Il primo concerne la soluzione della questione se nei sessanta giorni va presentata l'offerta o se durante lo stesso periodo si debba, necessariamente, concludere la procedura. Tale seconda ipotesi sarebbe avvalorata dal fatto che entro i sessantacinque giorni successivi va effettuata la comunicazione obbligatoria circa l'esito della stessa. La prima tesi, nonostante l'obbligo della comunicazione (che è un adempimento amministrativo, legato ad una previsione normativa), si fa preferire in quanto appare strettamente correlata ai tempi concessi al dipendente per impugnare il licenziamento e, inoltre, appare fuor di dubbio che l'imprenditore non offra una somma ad accettazione del recesso se, prima, non ha ricevuto l'impugnativa.

Il secondo riguarda, invece, la questione se l'offerta di conciliazione scatti anche per un licenziamento avvenuto durante il periodo di prova, nel corso del quale o al termine dello stesso le parti possono recedere dal rapporto. La risposta appare positiva (d'altra parte, l'offerta non è obbligatoria, ma facoltativa) e potrebbe essere conveniente anche per il datore di lavoro in presenza di una impugnazione del licenziamento, non tanto con riferimento all'esito negativo della prova, ma sulla base di una asserita nullità o discriminazione (art. 2) o illegittimità sul piano disciplinare o della giusta causa (art. 3).

L'offerta deve contenere la somma, a disposizione del lavoratore, per la conciliazione e non necessariamente il numero dell'assegno circolare (unica modalità di pagamento ammessa) e la banca di traenza. Allo stesso tempo, si può pensare che l'offerta possa essere accompagnata da un termine più o meno lungo per l'eventuale accettazione. Ovviamente, un lavoratore potrebbe avere interesse a non aderire (peraltro, non è obbligato neanche a rispondere) e a seguire la via

del giudizio, nel caso in cui ritenga che il provvedimento sia viziato da nullità, da discriminazione, da inefficacia (art. 2) o sia avvenuto per fatto materiale insussistente (art. 3), che conducono, nell'ipotesi dell'accoglimento, alla reintegra nel posto di lavoro ed alla possibilità di ottenere, oltre alla condanna economica e contributiva per il periodo di estromissione, le quindici mensilità in alternativa alla reintegra stessa.

Può il datore di lavoro condizionare la propria offerta economica relativa al licenziamento, affermando che la corresponsione della stessa è subordinata anche alla soluzione di altre questioni di natura economica scaturenti dal cessato rapporto di lavoro (ad esempio, differenze paga, lavoro straordinario, ecc.)?

La disposizione non sembra porre alcun limite e, d'altra parte, non occorre dimenticare che l'offerta è pur sempre facoltativa.

La norma parla di "licenziamento", senza alcuna distinzione circa la motivazione, specificando che l'offerta economica (incentivata con il contributo dell'Erario, è bene ricordarlo) è finalizzata ad «evitare il giudizio».

Modalità dell'offerta

Una breve riflessione va effettuata circa le modalità dell'offerta del datore di lavoro. È lui che si deve fare parte attiva rivolgendosi ad una "sede di conciliazione protetta", che garantisce l'impugnabilità dell'accordo, offrendo al lavoratore una cifra che è la stessa norma a specificare: un'annualità (partendo da un minimo di due, per scoraggiare le assunzioni "usa e getta", magari incentivate), della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, fino ad un massimo di diciotto (per le piccole imprese e per le associazioni di tendenza gli importi sono ridotti della metà e il tetto massimo è fissato a sei mensilità). L'importo riconosciuto non costituisce reddito Irpef e non è gravato da oneri previdenziali.

Strettamente correlata al computo dell'indennità offerta è la questione finalizzata a comprendere cosa si intenda per ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto: in assenza di ulteriori specificazioni normative e di interventi amministrativi chiarificatori da parte del Ministero del lavoro, si possono effettuare alcune considerazioni che partono dal-

l'art. 2120 c.c. Esso stabilisce che nella retribuzione da accantonare annualmente vanno computate tutte le somme corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro a titolo non occasionale, comprese quelle in natura ed escluse quelle che trovano la loro ragione nel rimborso spese. Il Ministero del lavoro con l'interpello n. 43 del 3 ottobre 2008 ha chiarito che se il Ccnl prevede espressamente quali elementi della retribuzione vanno calcolati e quali no, il datore è tenuto a rispettarlo.

Da quanto appena detto si può dedurre che per l'identificazione dell'ultima retribuzione utile ai fini del calcolo del Tfr si potrebbe partire dalla retribuzione annuale accantonata con le modalità previste dal codice civile, divisa per i mesi dell'anno, senza alcun reale riferimento alla retribuzione dell'ultimo mese sulla quale, in alcune realtà aziendali che hanno punte stagionali o attività caratterizzate da saltuarietà, potrebbero interferire elementi transitori. Su questo punto pare essersi attestata anche la Fondazione Studi dei Consulenti del lavoro.

Tentativo di conciliazione: procedura

Passando alle questioni operative riguardanti l'espletamento del tentativo di conciliazione, si può pensare che l'organo di conciliazione adito convochi le parti fissando il giorno e l'ora dell'incontro al quale le stesse possono essere assistite o rappresentate (secondo le usuali regole che disciplinano la delega la quale, stando alla nota del Segretario Generale del Ministero del lavoro del 25 novembre 2012 può essere rilasciata anche avanti ad un funzionario della Direzione territoriale del lavoro) da soggetti esterni come rappresentanti di associazioni sindacali o professionisti, atteso che la disposizione non mette alcun divieto.

La discussione, alla quale il datore di lavoro si presenta con un assegno circolare con l'importo già prefissato, strettamente correlato all'anzianità di servizio potrebbe non essere del tutto semplice per alcune motivazioni riconducibili ad una serie di questioni rispetto alle quali si prospettano alcune soluzioni:

a) il conto relativo ai mesi di rapporto di lavoro è stato effettuato comprendendo anche un periodo di attività svolta in nero in precedenza o, anche, una "anzianità convenzionale": è plausibile

Jobs Act

una conciliazione sul licenziamento, che riguardi tutto il rapporto, anche quello non risultante dalla documentazione ufficiale rilevabile dalle comunicazioni obbligatorie on-line?

La risposta appare negativa in quanto il periodo in nero non può essere coperto da uno sgravio Irpef a carico della fiscalità pubblica. Da ciò si deduce che, anche per non incorrere in controlli ex post dell'Agenzia delle entrate, la somma offerta non può che essere strettamente correlata alla durata del rapporto di lavoro risultante dalle comunicazioni obbligatorie. L'unica eccezione riguarda i lavoratori che, a seguito di cambio di appalto, sono passati alle dipendenze di altra azienda. Qui, l'art. 7 del D.Lgs. n. 23/2015 prevede espressamente che venga riconosciuta all'interessato la c.d. "anzianità di appalto", maturata su quel posto di lavoro anche con più imprenditori: la conseguenza di ciò è rappresentata dal fatto che l'offerta conciliativa del datore di lavoro dovrà tenere in considerazione non l'anzianità aziendale ma quella maturata in tutto il periodo trascorso in quel posto di lavoro;

b) il ruolo dell'organo collegiale (commissione provinciale di conciliazione, organismo sindacale, commissione di certificazione) è, puramente, notarile, finalizzato a prendere atto dell'offerta datoriale che presuppone, a monte, un mero calcolo matematico delle annualità da corrispondere, oppure c'è un minimo di spazio per verificare la congruità della conciliazione?

In attesa di precisi orientamenti da parte del Dicastero del lavoro, al momento, non ancora pervenuti, si ritiene che l'organo di conciliazione che svolge una funzione di garanzia, non possa sottrarsi, quantomeno, ad una verifica degli importi, ricordando al lavoratore che con la sottoscrizione dell'accordo e l'accettazione dell'assegno circolare, viene meno qualsiasi rivendicazione relativa alla impugnazione del licenziamento. Si ritiene che, se per una qualsiasi ragione, la somma offerta non corrisponda alla previsione normativa, ciò vada esplicitato, con l'invito del datore di lavoro a correggerla, anche cambiando l'importo dell'assegno circolare (la rigidità della disposizione non sembra ammettere forme di pagamento diverse), cosa che potrebbe portare le parti ad un rinvio della conciliazione;

c) l'importo dell'assegno circolare è determinato dal Legislatore delegato: ma, cosa succede, se il datore di lavoro, anche per venire incontro ad

alcune richieste "taciute" relative all'intercorso rapporto di lavoro, intendesse alzare la somma, lasciando, comunque, quale motivazione soltanto quella del licenziamento?

Ad avviso di chi scrive, se ciò dovesse accadere, andrebbe, da un lato, specificata la somma dovuta a titolo di accettazione del licenziamento (esente da Irpef) e, dall'altro, la somma aggiuntiva che non può essere esente da imposizione fiscale;

d) può il datore di lavoro, con la sottoscrizione del verbale di conciliazione, chiudere anche le altre questioni eventualmente correlate all'intercorso rapporto di lavoro (trattamento di fine rapporto, differenze paga, lavoro straordinario, ferie non godute, danno biologico, ecc.)?

Tale possibilità è stata prevista dall'art. 6 che, tuttavia, tiene a precisare la piena applicazione del normale regime fiscale. Il lavoratore deve avere piena conoscenza di quanto gli viene offerto e a che titolo, deve sapere che la transazione è inoppugnabile e, soprattutto, se ha necessità di verificare i conteggi, è doveroso che l'organo collegiale gli conceda, attraverso un rinvio, un tempo tecnico per la verifica che potrà fare, ad esempio, con la propria organizzazione sindacale;

e) una conciliazione relativa alla "voce" licenziamento che copra anche periodi in nero, ha effetti anche sugli eventuali controlli degli organi di vigilanza?

La risposta è negativa, atteso che, nei limiti della prescrizione, gli stessi possono procedere, ovviamente sulla base di prove certe, al recupero dei contributi e alla irrogazione delle sanzioni per lavoro nero e per altre situazioni scaturenti dall'intercorso rapporto di lavoro, come affermato sia dalla Cassazione con le sentenze n.17485 del 28 luglio 2009 e n. 6663 del 9 maggio 2002 e dall'Inps con la circolare n. 263/1997. Questo problema relativo alla chiusura delle competenze di natura economica afferenti il rapporto di lavoro è comune anche ad altre forme di conciliazione: l'unica esente che, però, trae origine da presupposti completamente diversi, è quella monocratica prevista dall'art. 11 del D.Lgs. n. 124/2004 ove il pagamento della somma concordata e il versamento della contribuzione sul periodo concordato tra le parti, estinguono il procedimento ispettivo;

f) che valore possono assumere, ai fini del giudizio, il verbale di mancato accordo o, anche, il verbale di assenza per mancata presenza del lavoratore?

Nessuno è la risposta, atteso che la conciliazione è facoltativa e la stessa mancata risposta del lavoratore all'offerta del datore non può essere, in alcun modo, qualificata negativamente dal giudice, cosa che, invece, non si rileva nel tentativo obbligatorio di conciliazione ex art. 7 della legge n. 604/1966;

g) può il lavoratore licenziato che ha sottoscritto la rinuncia al licenziamento, ottenere, ricorrendo le condizioni previste, il trattamento di NASpI?

Si ricorda che, ai fini del godimento, i requisiti richiesti dall'art. 3 del D.Lgs. n. 22/2015 sono lo stato di disoccupazione, tredici settimane di contribuzione negli ultimi quattro anni e almeno trenta giornate di lavoro effettivo, a prescindere dal minimale contributivo, nei dodici mesi precedenti che precedono l'inizio del periodo di disoccupazione. Sul punto, fornendo una risposta positiva alla domanda, è intervenuta la Direzione Generale per l'Attività Ispettiva che, con l'interpello n. 13 del 24 aprile 2015, rispondendo ad una specifica richiesta della Cisl, ha affermato che l'accettazione dell'offerta di conciliazione non muta il titolo della risoluzione del rapporto che resta il licenziamento e che comporta, per espressa previsione normativa, la rinuncia all'impugnativa, intendendosi tale fattispecie quale ipotesi di «disoccupazione involontaria conseguente ad atto unilaterale di licenziamento del datore di lavoro». Lo stesso discorso vale nel caso del licenziamento disciplinare ove l'interpello n. 13/2015 risolve, positivamente, una problematica sollevata a seguito della dizione del comma 1 dell'art. 3 del D.Lgs. n. 22/2015 ove si afferma che la NASpI è riconosciuta ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione e che presentino una serie congiunta di requisiti. Qui, il Dicastero del lavoro ha richiamato una propria precedente interpretazione contenuta nell'interpello n. 29/2013 ove si era sostenuto l'obbligo del datore di lavoro di pagare il contributo di ingresso all'ASpI anche in caso di risoluzione disciplinare e che l'adozione del provvedimento

disciplinare è sempre rimessa alla libera determinazione del datore di lavoro e costituisce esercizio del potere discrezionale (Cass. n. 4382/1984) e che sotto l'aspetto dell'impugnabilità lo stesso potrebbe essere ritenuto illegittimo in sede giudiziaria.

Conclusione

Una riflessione finale riguarda l'obbligo della comunicazione da effettuare entro i sessantacinque giorni successivi al licenziamento sulla quale si è ampiamente soffermato il Ministero del lavoro con la nota del 27 maggio 2015: essa è strettamente correlata alla necessità di un monitoraggio dell'istituto, cosa del tutto condivisibile, atteso che, fino al 2024, la disposizione destina a tale scopo risorse economiche crescenti.

Ci si chiede se il Legislatore delegato non abbia errato nei termini assegnati al datore di lavoro, il quale, ai fini della presentazione dell'offerta facoltativa, aspetta che il lavoratore impugni il licenziamento (ha sessanta giorni di tempo). Non era forse più logico mettere un termine più ampio e significativo (ad esempio, cento giorni dal recesso) da offrire alle parti per avere più tempo per elaborare la proposta e per valutare l'accettazione, soprattutto, se condizionata alla chiusura di altre questioni di natura economica? Che sia opportuno un termine più lungo e ragionevole, lo si ricava dalla necessità, in caso di adesione, di chiedere l'intervento dell'organo collegiale e di attendere la convocazione dello stesso, cosa che porta a sfiorare il limite fissato dal D.Lgs. n. 23/2015. L'esistenza di tale limite porterà la maggior parte dei datori di lavoro a rispettarlo affermando, magari, al fine di evitare la sanzione amministrativa, che la conciliazione non è avvenuta, pur essendo in corso e pur potendo essere raggiunta in una data successiva. È auspicabile che attraverso un intervento normativo correttivo, si allunghi il termine dei sessantacinque giorni per la comunicazione e, allo stesso tempo, si preveda un'altra forma di pagamento, alternativo all'assegno circolare, che dia, in ogni caso, certezza della riscossione della somma pattuita.