



MEMO COVID-19

SMART WORKING E POTERE DISCIPLINARE E DI CONTROLLO. QUALCHE PRECAUZIONE

5 aprile 2020

L'emergenza determinata dall'epidemia da Covid-19 ha, sin dal suo sorgere, indotto il Governo ad indicare nel "lavoro agile", di cui alla Legge 22 maggio 2017 n. 81, un rimedio funzionale a consentire il protrarsi dell'attività di lavoro (per i dipendenti in grado di svolgere da remoto le proprie mansioni) e, quindi, una (almeno, parziale) continuazione delle attività produttive. Il tema è, dunque, centrale, ma per inquadrarlo occorre partire dalla disciplina di legge che regola in modo organico lo smart working.

I. LA LEGGE 22 MAGGIO 2017 N. 81

Il lavoro agile è disciplinato dalla Legge 22 maggio 2017 n. 81 – *Misure di tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato* -. Gli articoli dedicati al tema sono i seguenti:

Articolato	Correlazioni
art. 18 - <i>Lavoro agile</i> -	
art. 19 - <i>Forma e recesso</i> -	
art. 20 - <i>Trattamento, diritto all'apprendimento continuo e certificazione delle competenze del lavoratore</i> -	v. art. 51 D. Lgs. 15 giugno 2015 n. 81

art. 21 - <i>Potere di controllo e disciplinare</i> -	v. art. 4 L. 20 maggio 1970 n. 300
art. 22 - <i>Sicurezza sul lavoro</i> -	v. circolare INAIL 2 novembre 2017 n. 48
art. 23 - <i>Assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali</i> -	

Nello specifico:

art. 18: il lavoro agile costituisce una nuova modalità di organizzazione del lavoro, in cui l'attività lavorativa viene svolta in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno, senza una postazione fissa, ma nel rispetto dei limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale stabiliti dalla legge e dai CCNL.

artt. 19-20: l'accordo relativo alle modalità di lavoro agile è stipulato per iscritto; l'accordo individua i tempi di riposo e le misure tecniche ed organizzative per la disconnessione del lavoratore; il lavoratore in lavoro agile ha diritto al medesimo trattamento retributivo dei lavoratori che svolgono la medesima attività lavorativa nei locali aziendali.

art. 21: l'accordo individuale regola l'esercizio dei poteri di controllo e disciplinare da parte del datore di lavoro.

art. 22: il datore di lavoro consegna, ogni anno, al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza una informativa scritta contenente i rischi generali e specifici connessi alla particolare modalità di svolgimento del rapporto di lavoro. Il lavoratore è tenuto a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro riguardo la prestazione eseguita all'esterno dei locali aziendali.

art. 23: il lavoratore agile ha diritto alla tutela contro gli infortuni anche quanto occorsi in itinere e all'esterno dei locali aziendali.

II. LO SMART WORKING NELLA LOGICA DELL'EMERGENZA

i. Uno strumento di flessibilità piegato ad una logica emergenziale

La logica sottesa allo *smart working* negli intendimenti del Legislatore del 2017 era chiaramente quella della realizzazione di un migliore **bilanciamento fra le esigenze personali e quelle lavorative**. Altrettanto evidente è che nel disegno seguito dal Governo nel contrastare l'emergenza epidemiologica, la logica sia stata piuttosto quella di trovare una strada per consentire **la continuazione delle prestazioni di lavoro in forme tali da evitare il rischio contagio**.

III. DISPOSIZIONI URGENTI IN TEMA DI LAVORO AGILE A SEGUITO DELL'EMERGENZA COVID-19

Con il sorgere dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, il lavoro agile è stato immediatamente individuato come uno strumento utile.

Il Governo ha cercato di favorirne l'impiego consentendo ai datori di farvi ricorso anche **in assenza di accordi individuali** (v. D.P.C.M. 1° marzo 2020 e 4 marzo 2020). Anche il «Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro» raggiunto fra Governo e Parti Sociali il 14 marzo 2020 contiene ampi riferimenti allo *smart working* in un'ottica di promozione del suo impiego.

Il Decreto Legge n. 18 del 17 marzo 2020 all'art. 39 – *Disposizioni in materia di lavoro agile* – ha introdotto nuove e rilevanti disposizioni; l'art. 39 delinea un diritto di precedenza per i lavoratori che hanno obblighi di assistenza ai fini della Legge 5 febbraio 1992 n. 104; l'art. 75 interviene in materia di acquisti per lo sviluppo di sistemi informativi per la diffusione del lavoro agile e di servizi di rete per l'accesso di cittadini ed imprese, l'art. 87 in tema di rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni in regime di *smart working*.

IV. CONTROLLO E DISCIPLINA DEL LAVORO AGILE

i. Il problema del controllo dello smart worker

La Legge 22 maggio 2017 n. 81 pone all'art. 21 un tema che è quello del potere di controllo e disciplinare. La Legge affida all'accordo individuale le forme di esercizio del potere di controllo stabilendo che esso dovrà comunque manifestarsi in forme compatibili con l'art. 4 St. lav.. In seconda battuta, la Legge 22 maggio 2017 n. 81 prevede che in **accordo individuale** possano essere previste specifiche clausole in tema di potere disciplinare. In buona sostanza, è possibile descrivere alcune specifiche condotte (lesive dell'interesse dell'azienda) trasformandole in illeciti disciplinari. A ciascuna condotta (es: mancata connessione del lavoratore nelle fasce orarie previste) è necessario associare una sanzione proporzionale alla gravità, individuata sulla falsariga delle previsioni del CCNL applicato in azienda.

Abbiamo visto sopra che sotto la spinta dell'emergenza ai datori è stata data la possibilità di fare svolgere la prestazione in *smart working* anche **senza accordo** e questo, ovviamente, ha impedito ai datori di dettagliare clausole specifiche funzionali a prevenire e contrastare eventuali condotte disciplinarmente rilevanti da parte dello *smart worker* e che siano specifiche per la situazione (distanza fisica dal luogo di lavoro, accessibilità a server da remoto *et cetera*).

Per questo occorre porsi due domande:

- 1) **Occorre redigere un accordo individuale con gli smart worker?**
- 2) **Occorre arricchire tale accordo con clausole specifiche atte a fare sì che le condotte siano corrette?**

La risposta a entrambi i quesiti è positiva.

Ora, ciò che intendiamo esaminare è quali previsioni possono aiutare il datore nel contrastare efficacemente condotte colpose o intenzionali in grado di ledere l'interesse aziendale.

i.a. Violazione di segreti industriali da parte dello smart worker

Il primo e più significativo tema su cui l'effettuazione della prestazione "da remoto" pone problemi è quello della violazione dei **segreti industriali**.

Di seguito, un esempio, di clausola che potrebbe risultare utile.

Clausola n. 1

«In aggiunta a quanto previsto nel CCNL applicato in azienda, l'inosservanza da parte del Lavoratore della *policy* in tema di divieto di condivisione di informazioni industriali contenute all'interno degli strumenti tecnologici messi a disposizione dall'azienda per l'esercizio del lavoro in modalità agile sarà sanzionata secondo quanto previsto dall'art. ___ CCNL».

i.b. Esecuzione di attività di lavoro per conto proprio o di terzi da parte dello smart worker

Il secondo ambito in cui è utile spendere qualche considerazione è quello dello svolgimento da parte del lavoratore di attività incompatibili con la **fedeltà** di cui all'art. 2105 c.c..

Come ovvio, si tratta di una previsione che è presente in diversi CCNL, ma il peculiare contesto dello *smart working* fa sì che possa essere utile andare a colpire alcune condotte che potrebbero essere, per così dire, serventi.

Di seguito, un esempio, di clausola che potrebbe risultare utile.

Clausola n. 2

«In aggiunta a quanto previsto nel CCNL applicato in azienda, l'installazione da parte del lavoratore di *software* e/o applicativi sul pc portatile aziendale senza la preventiva autorizzazione del responsabile sarà sanzionata secondo quanto previsto dall'art. ___ CCNL».

i.c. Negligenza dello smart worker

Il terzo ambito su cui è necessario soffermarsi è quella effettività della prestazione di lavoro.

Il rischio concreto è che modalità improvvisate di attuazione dello *smart working* possano dare luogo ad uno svolgimento **negligente** e/o **parziale** della prestazione di lavoro da parte degli *smart worker*. Nessuno dubita che lo *smart working* ponga il problema del controllo in termini del tutto diversi rispetto alla modalità ordinaria di svolgimento della prestazione di lavoro.

Di seguito, un esempio, di clausola che potrebbe risultare utile.

Clausola n. 3

«In aggiunta a quanto previsto nel CCNL applicato in azienda, il mancato collegamento da parte del lavoratore agile nelle fasce orarie concordate sarà equiparato ad assenza ingiustificata e conseguentemente sanzionato secondo quanto previsto all'art. ___ CCNL e ___ CCNL»

V. QUALCHE DOMANDA AI NOSTRI PROFESSIONISTI

a) Posso controllare gli **accessi ad Internet** dello *smart worker*?

La frequenza degli accessi ad Internet dice molto circa la produttività del lavoratore; è, dunque, evidente l'interesse del datore ad esercitare un controllo a tale riguardo. Nondimeno, il controllo datoriale degli accessi e delle tipologie di siti consultati può costituire una violazione dell'art. 4 St. lav., il cui testo, novellato nel 2015, è richiamato espressamente dalla Legge 22 maggio 2017 n. 81. Sebbene il PC sia a ogni effetto uno, se non il principale, strumento di lavoro (ciò avvantaggia il datore per effetto dell'art. 4 comma 2 St. lav.) non mancano sentenze di merito (v. Trib. Torino, 19 settembre 2018 n. 1664) e prese di posizione dell'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali (v. provvedimento 13 luglio 2016 n. 303) che risultano severe verso i datori e che potrebbero valere a maggior ragione in relazione a una forma (quella del lavoro agile) che presuppone a favore del dipendente la gestione libera del tempo di lavoro. La soluzione che si fa preferire è, dunque, quella del

raggiungimento di un **accordo con le rappresentanze sindacali aziendali** che possa stabilire forme e modi di impiego delle apparecchiature in grado di dare luogo a forme di controllo a distanza. Fondamentale è anche il tema dell'**informativa a fini privacy** (art. 4, comma 3, St. lav.).

b) Lo *smart working* è solo per il personale che svolge **mansioni di concetto**?

Lo *smart working* è uno strumento che si indirizza fundamentalmente a *manager*, quadri ed impiegati. Il lavoro operaio non è formalmente escluso, ma presuppone spesso la contiguità dell'addetto con la macchina e questo rende insopprimibile la presenza del lavoratore sul luogo di lavoro (cantiere, fabbrica). Ciò che può verificarsi è la possibilità di fare ricorso al "**lavoro a domicilio**" (v. L. 18 dicembre 1973 n. 877) che per lavorazioni che non richiedono un processo produttivo lungo e complesso potrebbe ritornare in auge, specie presso le PMI.

c) Il lavoratore in *smart working* deve necessariamente impiegare beni strumentali di proprietà del datore o può usare beni di sua proprietà?

La Legge 22 maggio 2017 n. 81 nel parlare al comma 2 dell'art. 18 di strumenti "**assegnati**" al lavoratore sembra esprimere una preferenza verso un assetto in cui il datore fornisce i beni al dipendente per poi esserne responsabile in punto sicurezza e buon funzionamento. D'altra parte, l'efficienza dello strumentario tecnologico concorre alla protezione di quei beni (segreti industriali) che, come abbiamo visto, possono essere difesi con la leva disciplinare, ma che ben possono essere attaccati anche da terzi (si pensi banalmente ai rischi di *hacking* che potrebbero essere acuiti da una gestione lassista da parte dell'imprenditore). Risulta, quindi, indubbio che la *policy* cosiddetta BYOD (*bring your own device*) sia rischiosa. Ognun vede però come l'indicazione normativa non sia risolutiva (la legge non vieta al lavoratore di fare uso del suo PC personale) e la prassi (specie quella emergenziale delle ultime settimane) è nel senso di uno *smart working* alimentato dall'ampio ricorso a beni strumentali di proprietà del lavoratore.

d) Posso **revocare** lo *smart working*?

Come noto, lo *smart working* può essere attivato sia per i dipendenti a tempo determinato che a tempo indeterminato. In quest'ultimo caso, il datore di lavoro può revocare la modalità di lavoro agile con un preavviso di almeno trenta giorni (novanta per i lavoratori disabili). In alternativa, il lavoro agile può essere revocato con effetto immediato in caso di **giustificato motivo**. Il Legislatore non chiarisce i contorni del giustificato motivo, ma si può ipotizzare che, in presenza di effetti negativi sull'andamento economico e/o organizzativo dell'azienda, l'efficacia dell'accordo possa essere revocata.

e) Posso godere di **benefici** a fronte del ricorso allo *smart working*?

L'emergenza COVID-19 ha portato alla ribalta il lavoro agile rendendolo una misura chiave per consentire alle imprese di operare nonostante l'emergenza. In realtà, specie a livello regionale, è possibile riscontrare misure e agevolazioni promosse anche prima dell'epidemia; non mancano, dunque, opportunità legate al sostegno al passaggio delle aziende al lavoro agile, come modalità normale di svolgimento del lavoro. Interessante è, per esempio, l'iniziativa promossa dalla Regione Lombardia che – nel quadro del Programma Operativo Regionale 2014-2020 - finanzia con il Fondo Sociale Europeo **un voucher a fondo perduto** per acquisto di beni e servizi funzionali alla implementazione di piani di *smart working*.

VI. CONSIDERAZIONI DI SINTESI

Il ricorso allo *smart working* va inteso come una opportunità, ma anche una situazione foriera di rischi cui è necessario ovviare. Il presente memo illustra alcuni accorgimenti utili sul fronte del potere disciplinare del datore di lavoro e del controllo, ma è, per esempio, evidente che lo *smart working*, nel porre problemi applicativi, anche, di natura tecnologica è materia di esame anche dal punto di vista della sicurezza sul lavoro. Stesso dicasi del piano *privacy* che ugualmente rileva ed esige adeguate cautele.



Because
we care.

Tonucci & Partners

With a long tradition of expertise and success we offer premium legal and tax services across the full breadth of business.

ITALY

Rome

Via Principessa Clotilde, 7
00196 (RM)
T +39 06 362271
F +39 06 3235161
roma@tonucci.com

Milan

Via Borromei, 9
20123 (MI)
T +39 02859191
F +39 02860468
milano@tonucci.com

Padua

Via Trieste, 31/A
35121 (PD)
T +39 049 658655
F +39 049 8787993
padova@tonucci.com

Prato

Via Giuseppe Valentini, 8/A
59100 (PO)
T +39 0574 29269
F +39 0574 604045
prato@tonucci.com

Trieste

Via Del Coroneo, 33
34133 (TS)
T +39 040 366419
F +39 040 0640348
trieste@tonucci.com

Naples

Via Giosuè Carducci, 19
80121 (NA)
T +39 081 422784
F +39 081 418801
napoli@tonucci.com

Foggia

Via Vincenzo Lanza, 14
71121 (FG)
T +39 0881 707825
F +39 0881 567974
foggia@tonucci.com

ALBANIA

Tirana

Torre Drin - Ruga Abdi
Topani
T +355 (0) 4 2250711/2
F +355 (0) 4 2250713
tirana@tonucci.com

ROMANIA

Bucharest

Str. Academiei 39 - 41
010013 - Sector 1
T +40 31 4254030/1/2
F +40 31 4254033
bucharest@tonucci.com