

l'officina dei numeri

circolare informativa 4/2018 del 15 maggio 2018

Studio Associato Picchio e Gorretta, via Fausto Coppi 3 – 15121 – Alessandria
tel. e fax 0131 443273 – 0131 267858 e-mail: infi@picgor.it - sito web: www.picgor.it

S MART WORKING O LAVORO “AGILE”: LEGGE N. 81/2017

ATTENZIONE !!!! PRIVACY

Il 25 maggio 2018 entra in vigore il GDPR, ossia il nuovo regolamento UE sulla privacy. La materia è già stata oggetto di una nostra circolare (n. 9/2017 del 27.11.2017), a cui rimandiamo per un primo approfondimento. Il nostro studio non segue direttamente gli adempimenti in materia di privacy: invitiamo i sigg. Clienti a voler contattare consulenti o specialisti della materia per impostare le procedure, verificare modelli e pratiche interne ed effettuare tutti gli adempimenti necessari.

In particolare, entro il 25.5.2018 le aziende interessate dovranno nominare il DPO (data protection officer, ossia responsabile della protezione dei dati), effettuare – ove tenute – la valutazione di impatto e attivare i registri dei trattamenti. Entro tale data dovranno essere acquisiti i consensi necessari al trattamento di dati specifici ed effettuati gli adempimenti previsti dalla nuova disciplina, che sostituirà il D.Lgs. 196/2003, in attesa che venga emanato un regolamento di attuazione e coordinamento con il GDPR.

SMART WORKING O LAVORO AGILE: LEGGE N. 81/2017

Caratteristiche del lavoro agile

Lo *smart working*, definito “*lavoro agile*” con una terminologia che riesce a peggiorare il già brutto termine inglese, è una nuova modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato disciplinato dal titolo II (artt. 18-23) dalla legge 81/2017 e rappresenta sostanzialmente la possibilità per il lavoratore di prestare il proprio lavoro per l'azienda in maniera **flessibile**, in qualunque luogo, utilizzando gli strumenti digitali necessari.

Ciò che nello specifico lo contraddistingue rispetto al “normale” rapporto di lavoro in azienda, è l'**assenza di vincoli orari o spaziali** e un'**organizzazione per fasi, cicli e obiettivi**, con lo “*scopo di incrementare*

la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro”, come recita l'art. 18 comma 1. La prestazione di lavoro può essere svolta in parte all'interno e in parte all'esterno, rimanendo comunque l'**obbligo del rispetto dei limiti di durata massima dell'orario di lavoro** giornaliero e settimanale aziendale fissati dalla legge e dal CCNL applicato.

La norma non fa riferimento ad una prestazione lavorativa esclusivamente all'esterno dell'azienda, fattispecie questa che rientrerebbe piuttosto nella nozione di telelavoro o di lavoro a domicilio, laddove per “esterno” dell'azienda si intendesse il solo domicilio del lavoratore, mentre nel lavoro agile il luogo di lavoro può essere ovunque. La norma, tuttavia, non prevede una percentuale minima di lavoro da svolgere all'interno dell'azienda rispetto a quello all'esterno, limitandosi a prevedere una fattispecie in cui le due modalità operative convivano.

Il lavoro agile non configura, dunque, una forma di mero decentramento produttivo, come il lavoro a domicilio o il telelavoro “classico”, né solo uno strumento per conciliare i tempi di vita e di lavoro: il lavoro agile può essere in sé uno strumento che concorre all'attuazione delle norme a tutela della salute, inquadrata nell'accezione di benessere fisico, mentale e sociale e, dunque, alla riduzione delle situazioni di stress, rafforzando un sano equilibrio tra vita privata e vita professionale.

Secondo alcuni interpreti, l'effettiva applicazione di questa particolare modalità organizzativa potrebbe portare al risultato opposto a quello sperato, in quanto potrebbe configurarsi come una situazione di disponibilità permanente (e controllata) che invece di favorire il “benessere” del lavoratore, lo porti ad una situazione di sfruttamento ulteriore, magari mascherato sotto una apparente facilitazione delle proprie esigenze di vita (scomparsa del confine tra vita lavorativa e vita privata).

Da questo punto di vista, diventa essenziale il diritto del lavoratore alla disconnessione, l'esercizio controllato e limitato dei poteri di controllo che le tecnologie adottate possono consentire facilmente e l'obbligo datoriale di fornire attrezzature conformi alle norme in materia di igiene e sicurezza sul lavoro e di prevenzione degli infortuni.

Forma e contenuto dell'accordo

L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile è stipulato **esclusivamente** per iscritto, sia ai fini della regolarità amministrativa che della prova (non ai fini della validità del negozio giuridico, per cui la forma

scritta è richiesta *ad probationem* e non *ad substantiam*) e deve disciplinare, art.19 comma 1:

l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore;

inoltre:

l'accordo individua ... i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la **disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.**

Durata e recesso

Per quanto concerne la **durata**, l'accordo per l'adozione di questa modalità di esecuzione del rapporto può essere a tempo determinato o indeterminato; in questo secondo caso il **recesso** deve avvenire con un preavviso di 30 giorni. Nel caso di un rapporto di lavoro con un lavoratore disabile assunto ai sensi della legge 68/1999, il preavviso di recesso per il datore di lavoro è fissato in 90 giorni "*al fine di consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore*". Non è prevista una particolare motivazione che legittimi il recesso di una parte, per cui la facoltà viene riconosciuta a discrezione della parte recedente, anche nel caso di lavoratore disabile.

In presenza di un giustificato motivo ciascuno dei contraenti può recedere prima della scadenza del termine in caso di accordo a tempo determinato o senza preavviso in caso di accordo a tempo indeterminato.

Va evidenziato come la durata dell'accordo sulla modalità di esecuzione è altra cosa rispetto alla durata del contratto di lavoro, per cui un contratto di lavoro a tempo indeterminato può prevedere il ricorso al lavoro agile solo per una durata definita e poi tornare alle ordinarie modalità esecutive della prestazione.

Di converso un contratto di lavoro a termine può prevedere il ricorso al lavoro agile senza una determinata scadenza, per cui l'efficacia del patto si estenderà ad eventuali proroghe o alla trasformazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Si prevede espressamente l'estensione ai lavoratori agili degli incentivi di carattere fiscale e contributivo eventualmente riconosciuti alla generalità dei lavoratori in relazione agli incrementi di produttività ed efficienza del lavoro subordinato.

Diritti del lavoratore

Per il lavoratore agile è prevista (con disposizione analoga a quella prevista per i lavoratori a termine o a tempo parziale) la parità di trattamento sia economico che normativo (complessivamente considerato) rispetto al lavoratore che svolge le proprie mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda.

Una parziale deroga al principio riguarda la possibilità (e non l'obbligo, almeno stando alla lettera della

norma) che al lavoratore agile sia riconosciuto, nell'ambito dell'accordo individuale, "*il diritto all'assunzione permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze*".

Tutela assicurativa INAIL

Il lavoratore agile ha anche diritto alla tutela assicurativa contro gli infortuni e le malattie professionali, come specificato all'art. 23 della legge e nella circolare INAIL n. 48 del 2.11.2017.

Coerentemente con la previsione della norma, alla stregua della quale la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, con strumenti di lavoro forniti dal datore, sul quale incombono anche tutti gli obblighi in materia di sicurezza sul lavoro e prevenzione degli infortuni, l'INAIL ha deliberato che la classificazione tariffaria della prestazione lavorativa segua quella cui viene ricondotta la medesima lavorazione svolta in azienda.

Per quanto concerne gli aspetti peculiari del lavoro agile, gli infortuni occorsi mentre il lavoratore presta la propria attività lavorativa all'esterno dei locali aziendali e nel luogo prescelto dal lavoratore stesso sono tutelati se causati da un rischio connesso con la prestazione lavorativa.

Gli infortuni occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali sono tutelati quando il fatto di affrontare il suddetto percorso sia connesso a esigenze legate alla prestazione stessa o alla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza (con esclusione quindi di infortuni in itinere non necessitati dalle suddette esigenze).

Ne consegue che per quanto riguarda l'individuazione delle attività rischiose coperte dalla tutela INAIL, l'accordo riveste particolare importanza, in quanto consentirà di individuare con sicurezza se l'attività che ha generato l'infortunio sia riconducibile a quella contrattualmente dovuta dal lavoratore agile e sia stata resa con le modalità previste nell'accordo stesso.

Tutela della salute e della sicurezza

L'art. 22 comma 1 impone al datore di lavoro specifici obblighi in materia di sicurezza del lavoro, in quanto impone allo stesso di garantire

la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuate i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro.

Il datore di lavoro deve, quindi, fornire al lavoratore una **adeguata informativa** circa il corretto utilizzo delle attrezzature e apparecchiature eventualmente

messe a disposizione nello svolgimento della prestazione in modalità di lavoro agile, assicurandosi che detti strumenti siano conformi al titolo III del decreto legislativo 9.4.2008 n. 81 e successive modificazioni, nonché alle specifiche disposizioni legislative e regolamentari di recepimento delle direttive comunitarie di prodotto, facendosi carico di garantire nel tempo la permanenza dei requisiti di sicurezza con un'adeguata manutenzione.

Il lavoratore agile è tenuto, ai sensi del comma 2 dell'art. 22, a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro, al fine di fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali.

In considerazione del fatto che il lavoratore agile può svolgere la sua prestazione "ovunque", sono evidenti i problemi che possono sorgere in ordine al luogo prescelto dal lavoratore, nel caso in cui lo stesso non presenti adeguati requisiti di sicurezza; la norma non chiarisce, ad esempio, se l'accordo debba contenere un elenco di luoghi "consentiti" (in quanto verificati anche dal datore di lavoro e ritenuti idonei e "sicuri"), oppure dei criteri generali di scelta (anche se in tal caso la responsabilità del datore di lavoro risulterebbe attenuata dalla impossibilità di controllare l'idoneità del luogo prescelto) oppure lasciato completamente alla discrezione del lavoratore.

Poteri di controllo e disciplinari

Una apparente, differenza rispetto alla generalità dei lavoratori riguarda la possibilità che nell'accordo individuale sia disciplinato l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali. Parrebbe quindi che l'accordo sia sufficiente a disciplinare specifiche modalità di controllo, a differenza di quanto avviene per la generalità dei lavoratori dove tali modalità sono definite in accordi collettivi o provvedimenti autorizzativi.

In realtà, il richiamo all'art. 4 della legge 300/1970 ed all'insieme delle disposizioni ivi contenute, fa presupporre che l'accordo individuale possa disciplinare l'esercizio del potere di controllo solo nei casi in cui lo stesso sia legittimo di per sé (comma 2, ossia con riferimento "*agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*" se applicabile), oppure solo previo accordo sindacale o, in difetto di rappresentanze, previa autorizzazione dell'ispettorato territoriale del lavoro.

Senza dubbio, stante la peculiare modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, gli strumenti che il datore di lavoro deve "assegnare" al lavoratore agile possono consentire agevolmente il controllo remoto (sia per la verifica del tempo di connessione, attraverso i log di sistema, sia per la verifica dell'effettiva attività lavorativa durante la connessione, ad esempio attraverso l'analisi del traffico, sistemi di desktop remoto o altri strumenti tecnici), per cui si dovrà prestare particolare attenzione alla verifica se tali strumenti, in quanto sicuramente funzionali, anzi necessari, per l'esercizio dell'attività lavorativa, rientrino

nella deroga prevista dal comma 2 dell'art. 4 al più generale principio della preventiva autorizzazione.

Diritto alla disconnessione

Il **diritto alla disconnessione**, previsto dall'art. 19, può essere definito in due modalità differenti:

a) in primo luogo consiste nel **diritto di separare il tempo libero dal tempo di lavoro**. Da ciò deriva la necessità di individuare nell'accordo sia il limite massimo dell'orario di lavoro, sia l'individuazione dei periodi di riposo giornaliero e settimanale, in accordo con quanto previsto dal D.Lgs. 66/2003. Se da un lato, quindi, nell'accordo non si dovrà necessariamente individuare un arco temporale rigido e predefinito nel quale la prestazione lavorativa dovrà essere resa (altrimenti verrebbe meno lo stesso significato del lavoro agile e avremmo un mero spostamento della sede di lavoro), dall'altro si dovrà comunque assicurare al lavoratore un periodo di riposo giornaliero e settimanale adeguato e un diritto a pause intermedie per evitare che la prestazione lavorativa divenga troppo gravosa, esattamente come accade per tutti gli altri lavoratori dell'impresa. Tuttavia, nel caso del lavoro agile, soprattutto quando il lavoratore lavora all'interno di una squadra o, più semplicemente, deve comunicare con i colleghi per scambiare informazioni e coordinare la propria attività lavorativa, si deve temperare il diritto alla disconnessione con la necessità di **concordare fasce temporali di compresenza** con gli altri colleghi, o con i clienti o i fornitori e ciò al fine di consentire un proficuo utilizzo delle prestazioni lavorative del lavoratore agile (altrimenti, in linea teorica, nulla vieterebbe al lavoratore di lavorare solo la notte e disconnettersi di giorno, anche se ciò renderebbe assai difficile un utilizzo proficuo della prestazione resa). Il coordinamento tra il lavoratore agile e gli altri colleghi deve, pertanto, essere oggetto di una specifica pattuizione e di particolare attenzione, in quanto l'individuazione di fasce orarie di disponibilità non deve coprire l'intero orario di lavoro (altrimenti non si potrebbe più parlare di lavoro agile) ma deve essere tale da rendere utilizzabile la prestazione lavorativa;

b) in secondo luogo consiste nel **diritto di non essere controllati a distanza**. Il diritto non si riferisce solo a periodi in cui non viene eseguita la prestazione lavorativa, ma consiste nel diritto del lavoratore a non essere raggiungibile o contattabile, rispondendo per esempio al telefono o alle mail (disconnessione tecnica) ovvero, in termini più ampi, del diritto a concentrare la propria attenzione su qualcosa di diverso rispetto al lavoro (disconnessione, per così dire, intellettuale), recuperando le proprie energie psico-fisiche. Il diritto alla disconnessione è dunque una sorta di **diritto alla vita privata**, reso molto più complicato da un lavoro che, travalicando i luoghi classici di esecuzione della prestazione, potrebbe amplificarsi sul piano temporale, comprimendo tutto ciò che, nella vita, lavoro non è. Esso serve per consentire al lavoratore di riappropriarsi del proprio tempo libero, a rischio di scomparsa se non adeguatamente tutelato.