

**Webinar AIGI**

**8 Maggio 2020**

**La fase 2 dell'emergenza Covid-19:  
profili privacy e giuslavoristici**

**Smart Working**

**Avv. Fabio M. Scaravilli  
Avv. Marta Santucci  
Studio Legale Scaravilli  
Milano**

# SMART WORKING

L. 22 maggio 2017, n. 81

- E' una particolare modalità di esecuzione della prestazione che prevede l'espletamento dell'attività lavorativa in parte al di fuori dei locali aziendali, senza una postazione fissa;
- Organizzazione per fasi, cicli e obiettivi;
- Non vi sono precisi vincoli di orario, salvo il rispetto dei limiti di durata di orario giornalieri/settimanali derivanti dalla legge e dal CCNL;
- Il datore di lavoro risponde della sicurezza e del funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati.
- l'accordo fra le parti disciplina l'esercizio del potere disciplinare nel rispetto dell'art. 4 Statuto Lavoratori, individuando le condotte disciplinarmente rilevanti.

# Disciplina dell'emergenza Covid-19

- Fin dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 6 febbraio 2020, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 si sono succeduti una serie di provvedimenti del Governo che hanno previsto il ricorso generalizzato allo smart working.
- Da ultimo l'articolo 1, comma 1, lettera n), D.P.C.M. 4 marzo 2020, che sancisce: *“la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017 n. 81 può essere applicata, per la durata dello stato di emergenza di cui alla deliberazione del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020 - sino al 31 luglio 2020 -, dai datori di lavoro a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni, **anche in assenza degli accordi individuali** ivi previsti; gli obblighi di informativa di cui all'art. 22 della Legge 22 maggio 2017 n. 81, sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'Istituto nazionale assicurazioni infortuni sul lavoro”*.

# Discipline a confronto

## DISCIPLINA ORDINARIA

Elemento necessario dello smart working è l'accordo scritto tra le parti che regoli le modalità di esecuzione della prestazione (art. 19 L. n. 81/2017)

## DISCIPLINA DELL'EMERGENZA COVID-19

Il lavoro agile può essere applicato anche in assenza dell'accordo tra le parti. Resta l'obbligo in capo al datore di lavoro di trasmettere al lavoratore una informativa per la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (assolto con modalità telematica).

# Esercizio del potere disciplinare

*Art. 21, Legge n. 81/2017“1. L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile disciplina l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni. 2. L'accordo di cui al comma 1 individua le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari”.*



Tale accordo non è richiesto nello smart working da emergenza Covid-19 → l'assenza di tale accordo non può essere preclusivo per il datore di lavoro del diritto di esercitare il potere disciplinare

# Esercizio del potere disciplinare

- Anche se nello smart working la prestazione lavorativa viene svolta al di fuori dei locali, siamo comunque in presenza di un rapporto di lavoro subordinato, con le connesse prerogative datoriali.
- Il lavoratore continua ad essere soggetto agli obblighi fondamentali nascenti dal rapporto di lavoro subordinato:
  - Obbligo di eseguire utilmente la **prestazione** di lavoro con la **diligenza** richiesta dalla natura dell'incarico (art. 2104, comma 1, c.c.);
  - Obbligo di osservare le **disposizioni** per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dal datore di lavoro e dai superiori gerarchici (art. 2104, comma 2, c.c.);
  - Obbligo di **fedeltà** (2015 c.c.).

# Sicurezza e salute sui luoghi di lavoro

Tra gli obblighi in capo al datore di lavoro vi è quello di garantire la salute e la sicurezza durante espletamento dell'attività lavorativa in modalità smart working (art. 22, L. n. 81/2017).



Permane in capo al datore di lavoro l'obbligo di consegnare al lavoratore un'informativa ove identificare i rischi connessi alla modalità della prestazione

Informativa presente sul sito Inail  
<https://www.inail.it/cs/internet/comunicazione/avvisi-e-scadenze/avviso-coronavirus-1-marzo-2020.html>



Grava sul lavoratore l'obbligo di cooperare adottando le misure di prevenzione indicate dal datore di lavoro

# Infortunati durante lo smart working

- Al lavoratore deve essere garantita la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali occorsi nello svolgimento dell'attività lavorativa anche nell'ipotesi in cui la prestazione sia resa al di fuori dei locali aziendali (art. 23 della L. n. 81/2017).
- Non serve una specifica assicurazione per lo smart working. Il lavoratore è coperto dalla tutela assicurativa INAIL prevista dal D.P.R. 1124/1965;
- I rischi tutelati sono: (i) infortunio sul luogo di lavoro; (ii) infortunio in itinere
- È tutelato non soltanto per il rischio specifico della prestazione, ma anche per quello relativo ad attività prodromiche e/o accessorie, purché possano configurarsi attività ad essa strumentali.
- Non tutti gli infortuni occorsi nel corso del lavoro domestico sono coperti dall'assicurazione → l'INAIL può non risarcire incidenti derivanti da negligenza, imprudenza e imperizia del lavoratore.
- Non risultano risarcibili nemmeno gli incidenti derivanti da “rischio elettivo” ossia da un comportamento volontario del lavoratore, che non sia dettato da causa di forza maggiore.

# Covid-19 durante lo smart working

I periodi di quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva sono assimilati a malattia (art. 26 D.L. 18/2020, conv. in legge n. 27/2020).



SOSPENSIONE  
DELLO  
SMART  
WORKING

il dipendente che presenti sintomi lievi o decida di sottoporsi a quarantena volontaria essendo stato a contatto con persona che abbia effettuato un tampone, non può essere considerato in malattia



LO SMART  
WORKING  
PROSEGUE

# Smart working Vs. Telelavoro

## (Accordo Interconfederale 9 giugno 2004)

Elemento comune  Entrambi rappresentano una modalità di lavoro svolta al di fuori dei locali aziendali.

Differenze  nel telelavoro la prestazione lavorativa viene resa stabilmente fuori dall'azienda (ad es. lavoro da casa). A tal fine il telelavoratore è dotato di strumenti informatici e di sistemi di telecomunicazioni. La postazione è fissa e predeterminata.

Nello smart working la postazione di lavoro è mobile, data l'alternanza tra attività svolta nei locali aziendali e al di fuori degli stessi → Il dipendente può lavorare ovunque.

Nello smart working l'orario di lavoro è autodeterminato, nel telelavoro il datore di lavoro può effettuare un controllo continuo sul lavoratore e sull'orario effettuato stabilito nel contratto di lavoro.

Nello smart working opera il diritto alla disconnessione dagli strumenti tecnologici.

# CONTROLLI A DISTANZA E SMART WORKING

L'attivazione dello smart working può consentire l'esercizio di un controllo a distanza da parte dell'azienda sui dipendenti utilizzatori di strumenti tecnologici (come i *computer* e gli *smartphone*) forniti dall'azienda.

Pertanto, occorre valutare se gli strumenti tecnologici in esame e, in particolare, i sistemi IT e i *software* utilizzabili dallo *smart worker* (posta elettronica, accesso a siti web) possano o meno essere qualificati come “strumenti di lavoro” ai fini dell'applicazione della deroga prevista dal secondo comma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori (Legge n. 300 del 1970).

# Art. 4 dello Statuto dei lavoratori come modificato dal D.Lgs. n. 185/2016

**Art. 4, primo comma, Stat. Lav.:** Gli strumenti dai quali derivi la possibilità di un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale previo accordo collettivo stipulato con le RSU/RSA o, in mancanza di accordo, previa autorizzazione del competente ITL.

**Art. 4, secondo comma, Stat. Lav.:** La disposizione del primo comma non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

**Art. 4, terzo comma, Stat. Lav.:** Le informazioni raccolte ai sensi dei commi uno e due sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal D.Lgs. n. 196/2003.

# Orientamenti in tema di controlli a distanza mediante strumenti informatici/tecnologici

- Gli strumenti informatici quali i *computer*, i tablet e i cellulari possono essere considerati come i moderni «attrezzi di lavoro» utilizzabili senza necessità di un accordo sindacale o di un' autorizzazione amministrativa a condizione che:
  1. siano strettamente funzionali all'esercizio della prestazione lavorativa;
  2. sia stata fornita al dipendente un'adeguata informativa;
  3. sia stata rispettata la normativa in materia di «Privacy» e, in particolare, il **GDPR** (Regolamento UE n. 679/2016) e il **Codice della Privacy** (D.Lgs. n. 196/2003 come modificato dal D.Lgs. n. 101/2018).

(v. Tribunale di Roma, Sez. Lav., 24 marzo 2017 in *DeJure*)

- Il Garante per la protezione dei dati personali ha specificato che il trattamento effettuato tramite sistemi *software* che consentano - con modalità non percepibili dall'utente (c.d. in *background*) e in modo del tutto indipendente rispetto alla normale attività dell' utilizzatore (cioè senza alcun impatto o interferenza sul lavoro del dipendente) - operazioni di "*monitoraggio*", "*filtraggio*", "**controllo**" e "*tracciatura*" **costanti** ed **indiscriminati** degli accessi a internet o al servizio di posta elettronica, non possono essere considerati «strumenti di lavoro» ai sensi del secondo comma dell'art. 4 cit. (v. Provvedimento n. 303 del 13 luglio 2016)

- Secondo il Garante, infatti, «è vietato il controllo indiscriminato su e.mail e smartphone aziendali, effettuato dall'azienda datrice di lavoro con modalità massive e prolungate» (v. *Provvedimento del 22 dicembre 2016*).

Nella nozione di "strumenti di lavoro" possono, quindi, ricomprendersi solo servizi, software o applicativi **strettamente funzionali alla prestazione lavorativa**. Tra i quali si annoverano:

- il servizio di posta elettronica offerto ai dipendenti mediante l'attribuzione di un *account* personale;
- i sistemi di *logging* per il corretto esercizio del servizio di posta elettronica, con conservazione dei soli dati esteriori, contenuti nella "*envelope*" del messaggio, per una breve durata non superiore ai sette giorni;
- i sistemi di filtraggio anti-virus che rilevano anomalie di sicurezza nelle postazioni di lavoro o sui server per l'erogazione dei servizi di rete.

**Pertanto, al di fuori del perimetro applicativo del secondo comma dell'art. 4 Stat. Lav., per effettuare i controlli a distanza tramite sistemi IT e software utilizzabili dallo Smart Worker, l'azienda dovrà:**

- ✓ informare il lavoratore sulle modalità, sui termini d'uso degli strumenti nonché sulle possibili forme di controllo datoriale, predisponendo un'apposita policy;
- ✓ stipulare un accordo sindacale o, in mancanza, ottenere preventiva autorizzazione dallo ITL;
- ✓ rispettare quanto disposto dalla normativa in materia di *privacy* e, più in generale, dal **GDPR** (Regolamento UE n. 679/2016) e dal **Codice della Privacy** (D.Lgs. n. 196/2003 come modificato dal D.Lgs. n. 101/2018).

# I controlli difensivi

- *I controlli difensivi sono intesi a rilevare “mancanze specifiche” del lavoratore e comportamenti del dipendente estranei alla normale attività lavorativa nonché **illeciti** dallo stesso commessi o in corso.*
- *Essi non sono ammissibili se finalizzati a “controllare” le modalità di adempimento dell’obbligazione lavorativa, essendo infatti legittimi solo se volti a tutelare il datore di lavoro da comportamenti dei lavoratori lesivi del patrimonio e dell’immagine aziendale.*
- *Non possono, quindi, considerarsi difensivi i meccanismi di controllo a distanza che siano predisposti dal datore di lavoro prima dell’emergere di qualsiasi sospetto e che riguardino la prestazione lavorativa in sé considerata.*

*(Cass. Sez. Lav. 12 ottobre 2015, n. 20440; Cass., Sez. Lav., 5 ottobre 2016, n.19922).*

# Profili Sanzionatori

- I controlli a distanza in violazione dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori sono illeciti sicché le relative risultanze non potranno essere utilizzate come prova dell'inadempimento contrattuale del lavoratore (salvo che il fatto costituisca reato).
- Inoltre, nel caso di violazione del primo comma del citato articolo 4, il Codice della Privacy rinvia alle sanzioni penali previste dall'art. 38 dello Statuto dei Lavoratori, il quale prevede l'applicazione dell'ammenda da € 154,00 a € 1.549,00 o dell'arresto da 15 giorni ad un anno, che possono essere applicate congiuntamente nei casi più gravi e salvo che il fatto non costituisca più grave reato (v. art. 171 Codice Privacy e art. 38 Statuto dei Lavoratori).
- la violazione dell'art. 4 può configurare una condotta datoriale antisindacale.
- A ciò si aggiungano le sanzioni previste dal Codice della Privacy.

# Q&A

Webinar AIGI  
8 Maggio 2020

La fase 2 dell'emergenza Covid-19: profili privacy e  
giuslavoristici

GRAZIE PER L'ATTENZIONE

**Studio Legale Scaravilli**

Via Filippo Turati, 3  
20121 Milano  
Tel +39 02 70108611  
Tel +39 02 711903  
[fabio.scaravilli@scaravilli.it](mailto:fabio.scaravilli@scaravilli.it)