

Giurisprudenza

Retribuzione del lavoro straordinario e vacanze

Sentenza del Tribunale federale del 1 aprile 2010 (4A.44/2010)

Nel corso del 1988 il dipendente X. è stato assunto dal datore di lavoro Y. in qualità di ingegnere. Egli è poi stato licenziato nel 2003 dal datore di lavoro nel rispetto del termine contrattuale per la disdetta del contratto. Al momento della liquidazione del rapporto di dare ed avere derivante dal rapporto di lavoro il dipendente ha presentato un conteggio di tutte le ore di lavoro straordinario da lui effettuato.

Un regolamento del lavoro straordinario e della sua retribuzione non era mai stata affrontata tra le parti, ragione per la quale il dipendente non era mai stato indennizzato e procedeva lui stesso a gestire il tempo di lavoro e le vacanze.

I giudici cantonali hanno accolto (parzialmente) la richiesta di pagamento del lavoro straordinario condannando il datore di lavoro a pagare al suo dipendente oltre 54'000.— franchi.

Il dipendente ha tuttavia presentato un ricorso al Tribunale federale contro la sentenza cantonale, richiedendo il pagamento di quasi 70'000.— franchi per il lavoro straordinario che sosteneva di aver svolto.

Il ricorso è stato respinto dai giudici federali, i quali hanno però avuto l'occasione di porre i principi per il riconoscimento e la remunerazione del lavoro straordinario effettuato da un lavoratore.

In primo luogo è stato stabilito che un sistema per il quale il lavoratore, che in concreto aveva una grande autonomia per la gestione del suo tempo di lavoro, deduceva dalle ore straordinarie effettuate le vacanze di cui usufruiva oltre al suo diritto annuale, configura un tacito accordo in tal senso tra lavoratore e datore di lavoro: è quindi ammissibile che il lavoratore usufruisca di vacanze oltre il suo diritto contrattuale, compensandole poi con le ore di lavoro straordinario effettuato. Ciò vale in particolare nel caso in cui le parti si comportino in tal senso senza concordare esplicitamente alcunché. In sostanza il lavoratore non può però pretendere il pagamento di tutte le ore straordinarie senza computare in compensazione le vacanze in eccedenza di cui ha goduto.

La pretesa pecuniaria per le vacanze non godute è stata considerata prescritta per tutte le vacanze precedenti al 1999, ossia non riferite agli ultimi cinque anni di lavoro: la prescrizio-

A gentile richiesta Cambia mansione e salario: come fare?



"A causa di una lunga assenza di un dipendente dal suo posto di lavoro, che tuttora perdura, abbiamo dovuto procedere ad una riorganizzazione aziendale del reparto, dove al suo rientro egli non è più integrabile. Al momento del suo rientro al 50% lo abbiamo pertanto assegnato ad un altro reparto, ciò anche per evitarne il licenziamento. Si pone tuttavia il problema della riduzione del salario che gli verrà corrisposto per la nuova mansione assegnatagli."

Il datore di lavoro ha il diritto di modificare la struttura aziendale, rispettivamente l'organizzazione dei suoi processi produttivi in funzione del buon andamento dell'attività e dei dipendenti che intende occupare.

Di fronte ad un'assenza importante di un dipendente che perdura per molto tempo, il datore di lavoro ha quindi la legittima facoltà, peraltro anche imposta dalle circostanze, di prendere tutte quelle misure atte a garantire il buon funzionamento della ditta e la corretta e tempestiva esecuzione del lavoro: in tale ottica sarà quindi portato a modificare l'organizzazione del lavoro, la ripartizione fra i dipendenti ed eventualmente ad assumere altri collaboratori che possano effettuare il lavoro del dipendente inabile al lavoro.

Non si tratta in alcun modo di un comportamento scorretto nei confronti del dipendente malato od infortunato: infatti è ben vero che egli non ha colpa della sua situazione di inabilità, ma d'altro canto la sua assenza prolungata non può arrestare o rallentare la normale attività del datore di lavoro.

Nell'ambito di una riorganizzazione o di una nuova assunzione il datore di lavoro potrebbe trovarsi quindi nella situazione di non poter più collocare effettivamente il lavoratore inabile nella

ne delle vacanze si compie infatti con il decorso di cinque anni dall'anno cui si riferiscono le vacanze considerate, in modo indipendente per ogni anno di servizio. Al dipendente sono quindi state riconosciute le ore straordinarie non compensate con le vacanze.

Sul lavoro straordinario: manuale 3.2.2.4

Sulle vacanze: manuale 3.2.4

sua originaria attività.

Lo spostamento in un settore non previsto contrattualmente o in una mansione molto differente da quella originaria, ossia da quella che vincola le parti contrattualmente, o ancora un'eventuale riduzione dello stipendio sono condizioni contrattuali che il datore di lavoro non può in ogni caso mutare un modo unilaterale, essendo sempre necessario il consenso del lavoratore.

Con il reciproco accordo le parti possono fondamentalmente modificare in completa libertà il loro contratto di lavoro, prevedendo quindi tutte le modifiche relative al settore d'attività del dipendente, alle sue mansioni, alla sua funzione gerarchica ed eventualmente anche al salario.

In caso di disaccordo del dipendente, che ha comunque i diritti che derivano dal suo contratto di lavoro quanto al tipo di attività e alla sua remunerazione, il datore di lavoro sarà tenuto a rispettare il contratto, in particolare per quanto attiene all'importo del salario, che dovrà essere pagato integralmente.

Il datore di lavoro potrà in tal caso procedere ad una disdetta del contratto rispettando i termini legali e contrattuali di disdetta, separandosi definitivamente dal lavoratore, o procedere ad una modifica-disdetta del contratto di lavoro. In tale ultima ipotesi il datore di lavoro sostanzialmente notificherà al dipendente la disdetta del contratto di lavoro originario, offrendogli nel contempo un nuovo contratto di lavoro, con le nuove condizioni quanto a mansioni e salario, che entrerà in vigore solo alla fine di quello disdetto.

Costantino Delogu, avvocato

Sulla fine o la modifica del rapporto di lavoro: manuale 4.2, 8.C

Impressum

Newsletter lavoro è la pubblicazione mensile del sistema d'informazione
Il diritto del lavoro applicato.

Direttore editoriale: Robert Boss
Redattore capo: Lorenza Hofmann
Han collaborato: Costantino Delogu

Boss Editore SA - CH 6997 Sessa
tel. +41(0)91 600 93 03
fax +41(0)91 600 93 04
Redazione:lorenza.hofmann@boss-editore.ch
Amministrazione: info@boss-editore.ch
© www.boss-lavoro.ch

BOSS NEWSLETTER LAVORO

Editoriale

Avete l'impressione che un/a vostro/a dipendente non sia molto produttivo? Forse durante le ore di lavoro si distrae per fare altro? Forse per gestire la trasferta dello Sci Club di cui è membro... oppure si eclissa per questioni private, prolunga la pausa oltre il tempo concesso... Bagattelle sulle quali il datore di lavoro può chiudere un occhio oppure comportamenti che violano gli obblighi contrattuali? ► nell'articolo a lato, gli aspetti giuridici di quel fare altro che infrange il dovere di diligenza e fedeltà.

Forse il/a vostro/a dipendente naviga troppo in internet per diletto? Forse... per consultare le pagine web "come non fare nulla sul luogo di lavoro e farla franca"? E leggetevi i consigli, per esempio, per riorganizzare l'ufficio in modo che il monitor del computer sia posizionato lontano dagli occhi del capo che potrebbe scoprire che l'apparente concentrazione non è rivolta a cose di lavoro ma ad un elettrizzante giuoco elettronico (installato abusivamente sul PC della ditta), oppure alla ricerca di powerpoint - divertenti, riflessivi, hard... - da scaricare e da inviare agli amici intasando il sistema elettronico dell'azienda. Come potete premunirvi? ► prossimo seminario su **uso, abuso e limitazioni di internet e posta elettronica** sul posto di lavoro (programma allegato). Altri temi di spiccata attualità ed utilità sono trattati nell'**Aggiornamento Lavoro 05/2010**, che, in assenza di cambiamenti legislativi importanti, propone approfondimenti e nuove informazioni su **disoccupazione e inserimento occupazionale, protezione della salute, modello salariale** per un'azienda di servizi e ulteriori **esempi di contratto di lavoro e di regolamenti**. ► plico allegato.

Lorenza Hofmann

All'interno:

- **Passaporto sicurezza** / Lavoro a prestito
- **Retribuzione straordinari e vacanze** / Giurisprudenza
- **Cambiamento di mansione** / A gentile richiesta

"Fare altro": fra evoluzione del lavoro e obblighi del dipendente

di Costantino Delogu*

Divengono sempre più attuali e frequenti le situazioni dove si parla di dipendenti che fanno di tutto sul posto di lavoro, tranne quanto dovrebbero fare in ragione degli obblighi che hanno nei confronti del datore di lavoro. Si tratta del cosiddetto "fare altro" al lavoro, ovvero non svolgere la propria effettiva attività lavorativa per la quale si ricevono le istruzioni e si percepisce lo stipendio.

È un fenomeno che la nostra vita moderna, più tecnica e perennemente connessa con il resto del mondo, stimola e facilita. Così se tali comportamenti (o forse meglio "cattivi comportamenti") da un lato sono enfatizzati con la maggiore possibilità di comunicazione agli altri degli eventi e delle situazioni, dall'altro sono invece effettivamente accelerati dalle mutate condizioni del lavoro, in particolare dal punto di vista tecnico.

Oggi è infatti divenuta praticamente la regola che ogni lavoratore che dispone di un computer, abbia un accesso ad internet ed un suo conto di posta elettronica, utilizzati individualmente. Si tratta di potenti veicoli verso l'esterno che il lavoratore può utilizzare in modo autonomo e secondo la propria personale ed individuale discrezione, talvolta a scapito dell'attività lavorativa, che è rallentata o addirittura non progredisce.

Non si può dare una definizione positiva di "fare altro", tante possono essere le concretizzazioni pratiche di tale espressione (dove la realtà arriva persino a superare la fantasia): è possibile fornirne una definizione negativa, rilevando che il "fare altro" corrisponde a tutto quanto non è l'attività per la quale il lavoratore viene pagato e per la quale ha un obbligo, rispettivamente una responsabilità, verso il suo datore di lavoro. Secondo la legge il lavoratore "... si obbliga a lavorare al servizio del datore di lavoro..." (art. 319 CO) e ancora "... deve eseguire con diligenza il lavoro assegnatogli e sal-

vaguardare con fedeltà gli interessi legittimi del datore di lavoro" (art. 321a CO). Il lavoratore ha quindi un fondamentale **obbligo di diligenza e fedeltà** nei confronti del datore di lavoro e (anche) per questo egli viene remunerato con lo stipendio: in generale egli deve svolgere l'attività lavorativa secondo le istruzioni ricevute, nel giusto tempo e rispettando per quanto possibile gli interessi del datore di lavoro. Le attività svolte dal lavoratore durante il tempo di lavoro che non sono tese allo svolgimento del suo lavoro, sono classificabili come "altre attività" la cui esecuzione lede i doveri del dipendente.

Gli esempi più attuali ed in costante aumento del "fare altro" sono legati soprattutto all'utilizzo delle (sempre meno) nuove tecnologie di comunicazione, internet e posta elettronica in particolare. Se è infatti vero che questi strumenti accelerano il lavoro, in quanto velocizzano il flusso dei dati e delle informazioni, è altrettanto vero che possono creare una dispersione del rendimento nel tempo di lavoro poiché il lavoratore può cadere nella tentazione di utilizzarli per attività che non hanno attinenza con il suo lavoro, rispettivamente per mantenere e coltivare i suoi contatti virtuali nei social networks (come Facebook, Twitter) o su strumenti di comunicazione (Skype, MSN, ...).

Anche l'abuso per scopi privati degli strumenti di lavoro durante il tempo di lavoro è una manifestazione del fare altro, come ad esempio le classiche telefonate "interminabili" a parenti, amici o ancora colleghi d'associazioni. Lo stesso vale per l'utilizzo spropositato della posta elettronica durante l'orario di lavoro; ancor peggio se si tratta del conto che l'azienda mette a disposizione del dipendente per lo svolgimento della sua attività lavorativa. Se il lavoratore svolge la sua attività con piena autonomia di

Forte aumento degli incentivi all'assunzione

Nel 2009 le aziende ticinesi hanno ricorso in maggior misura rispetto al passato alle misure cantonali per il rilancio dell'occupazione, previste dalla L-rilocc. La statistica annuale - resa nota dalla Sezione del lavoro - attesta che sono state concesse oltre duemila misure ad altrettante aziende, con un aumento del 66% rispetto al 2008. Di queste:

- 988 incentivi all'assunzione (+ 36%), destinati alla creazione di nuovi posti di lavoro in aziende private;
- 662 bonus per l'inserimento in aziende private e pubbliche (+172%) di persone disoccupate con buone possibilità di collocamento ma che necessitano di un periodo introduttivo; questa misura cantonale è ora applicata a complemento dell'assegno per

il periodo di introduzione (API) previsto dalla LADI;

- 129 incentivi all'assunzione di giovani al primo impiego (+139%) erogati ad aziende private o pubbliche a copertura della partecipazione finanziaria del datore di lavoro che organizza un periodo di pratica professionale (PPP), misura prevista dalla LADI per giovani qualificati;
- 154 misure (+ 66%) per il collocamento di disoccupati problematici in aziende private e pubbliche che hanno potuto contare su un sussidio sul salario;
- 86 incentivi a sostegno diretto di disoccupati che hanno optato per mettersi in proprio.

Degli incentivi cantonali a favore dell'occupazione ne hanno beneficiato principalmente aziende del settore commerciale, dell'informatica e della costruzione.

L'aumento delle misure è senza dubbio correlato al periodo di crisi; secondo la Sezione del lavoro (www.ti.ch/lavoro) è pure il risultato operativo di un gruppo di consulenti incaricati dei contatti con le aziende.

Sul reinserimento dei disoccupati: manuale 1.9.3

Sugli incentivi federali e cantonali per le aziende: manuale 1.9.3.1

Sui provvedimenti occupazionali in ambito AD: manuale 3AS.7 e ss.

segue da pag. 1 →

movimento, il *fare altro* si potrà manifestare ancora con l'esecuzione di altre attività (personali) senza nesso con i suoi obblighi verso l'azienda.

Gli esempi possono essere molteplici e variegati, a seconda del tipo di attività e della situazione in cui il dipendente si trova.

Infatti vi sarà un rapporto di proporzionalità inversa tra la presenza del datore di lavoro, il controllo (anche solo passivo) da lui effettuato e la presenza di attività *diverse* da parte dei lavoratori; maggiore è il numero di collaboratori che lavorano nel medesimo locale, minore sarà la loro tendenza a svolgere attività extralavorative durante il tempo di lavoro, quali navigare senza meta in internet o usare il telefono (aziendale o meno) per scopi propri.

Il comportamento attivo del datore di lavoro, attraverso adeguati **controlli** (effettuati entro i limiti della tutela delle personalità del dipendente) o l'emanazione di puntuali **regolamenti** per l'esecuzione del lavoro, il comportamento sul posto di lavoro, l'uso degli strumenti aziendali, del computer, del telefono, possono avere effetto deterrente nei confronti delle attività "diverse" da parte dei lavoratori. Nel contempo il datore di lavoro potrà predisporre delle limitazioni funzionali sugli strumenti aziendali, in modo da evitare il loro utilizzo non conforme alle finalità aziendali.

Concretamente il "*fare altro*" sul posto di lavoro incide sensibilmente sul

rendimento del dipendente sul posto di lavoro, sui tempi d'esecuzione del lavoro, sulla sua concentrazione, rappresentando in ogni caso una **violazione più o meno grave degli obblighi contrattuali** del lavoratore e del suo dovere di diligenza e fedeltà nei confronti del datore di lavoro.

Quale **conseguenza**, il datore di lavoro ha la possibilità (e anche il dovere nell'ottica della sua responsabilità verso terzi e verso i clienti) di esigere dal lavoratore un comportamento corretto, rispettoso del contratto di lavoro: a dipendenza della gravità potrà richiamarlo formalmente all'ordine, ammonirlo con una minaccia di licenziamento, licenziarlo in via ordinaria oppure ancora arrivare alla notifica di una disdetta con effetto immediato per motivi gravi. La reazione del datore di lavoro dipenderà quindi proporzionalmente dalla gravità della violazione contrattuale da parte del dipendente.

In **conclusione** la tendenza a non svolgere solo ed esclusivamente l'attività lavorativa sul posto di lavoro è oggi crescente in ragione delle mutate condizioni personali e tecniche di lavoro, della maggiore possibilità di poter fare altro in modo discreto ed in piena indipendenza del lavoratore. Non sempre tali comportamenti sono gravi al punto da ledere in modo significativo la qualità del lavoro o gli interessi aziendali. Il lavoratore potrà in ogni caso essere sensibilizzato verso un comportamento responsabile e corretto nei confronti del datore di lavoro, eventualmente attraverso una maggiore regolamenta-

zione del comportamento sul posto di lavoro e dell'utilizzo degli strumenti.

*Avvocato

Sul dovere di diligenza e fedeltà: manuale 3.1.2

Sulla sorveglianza dei dipendenti: manuale 3.2.6.6

Sull'utilizzo di internet e posta elettronica: manuale 3.2.6.6.3, 8.1

Su regolamenti e direttive: manuale 3.1.4, 8.R

Si torna ad assumere?

Secondo uno studio dell'Università di Zurigo, commissionato da Adecco, nel primo trimestre 2010, si è profilato un aumento degli annunci per ricerca di personale, sia nella stampa quanto su internet (+15% rispetto all'ultimo trimestre 2009). La crisi si sta allontanando? Sembra che Svizzera romanda e Ticino siano i principali beneficiari di questo miglioramento congiunturale (+20% delle offerte da gennaio a marzo, rispetto al precedente trimestre). Secondo lo studio "Recruiting Trends 2010" effettuato dal portale Monster.ch sulla base di 500 imprese svizzere, il 2010 si profila come un anno di stabilizzazione con una tendenza ad assumere nell'ultimo trimestre dell'anno.

Ricerca, selezionare e assumere: manuale 1.2

Passaporto personale per la sicurezza

Da pochi mesi la Commissione federale di coordinamento per la sicurezza sul lavoro (CFSL) ha introdotto il passaporto personale per la sicurezza destinato ai lavoratori temporanei. Questo nuovo strumento rientra nella campagna di prevenzione particolarmente mirata alle imprese fornitrici, alle imprese acquisitrici e agli stessi **lavoratori temporanei**.

Perché? Primo: il lavoratore temporaneo è legato con un contratto al datore di lavoro / azienda fornitrice, ma di fatto svolge l'attività per l'azienda acquisitrice, la quale per legge ha l'obbligo di proteggere la salute e garantire condizioni di lavoro sicure a tutto il personale - fisso o temporaneo - attivo nella ditta o nei luoghi di lavoro esterni all'azienda (es. cantieri). La tutela della salute e la prevenzione degli infortuni fanno quindi eccezione nel contesto del rapporto triangolare tipico del prestito di manodopera. Solo l'azienda acquisitrice conosce i rischi della propria attività, quali misure di prevenzione sono necessarie e di quali dispositivi individuali di sicurezza deve disporre ogni suo collaboratore, fisso o temporaneo. Secondo: i lavoratori temporanei sono statisticamente più esposti ad infortuni a causa, in particolare, di insufficienti istruzioni sul metodo di lavoro o sull'uso di macchinari o strumenti di lavoro.

Come funziona il passaporto? È individuale, simile al "libretto di formazione" per la formazione continua. Il lavoratore temporaneo lo porta con sé e lo consegna ogni qualvolta viene prestato ad una ditta e vi farà registra-

re le istruzioni o le formazioni ricevute, in tema di sicurezza e di tutela della salute, che rimarranno così documentate nel tempo.

Il passaporto personale per la sicurezza **non è obbligatorio**, ma presenta dei **vantaggi** se progressivamente introdotto nel settore del lavoro a prestito, in particolare in quei rami di attività esposti a rischio di infortunio. **Per il lavoratore**, diventa un valore aggiunto al proprio profilo professionale. **Per l'azienda**, costituisce un valido strumento per valutare le competenze e soprattutto le carenze in materia di sicurezza sul lavoro della persona presa a prestito e pertanto anche per decidere quali mansioni assegnarle e eventualmente quali ulteriori istruzioni impartirle.

Come procurarselo? Lo possono richiedere alla CFSL (www.ekas.admin.ch) le aziende o gli stessi lavoratori individualmente.

La CFSL ha già potuto effettuare una valutazione intermedia della campagna di prevenzione. Un primo importante obiettivo è stato raggiunto: il numero degli infortuni è diminuito. Ogni infortunio sul lavoro è sempre uno di troppo, procura sofferenze e al datore di lavoro costa circa CHF 600.- al giorno.

(red)

Sulla sicurezza sul lavoro: 3.2.6.2.3

Sulla responsabilità del datore di lavoro: 3.2.6.2.10

Sul lavoro a prestito: 3.9

PRATICAMENTE

Lavoro flessibile gradito

Secondo il barometro svizzero delle risorse umane 2010, pubblicato dall'Università di Zurigo e dal Politecnico federale di Zurigo una politica del personale orientata alla flessibilità soprattutto in funzione della conciliazione lavoro e famiglia è molto gradita ai collaboratori. Già il 65% della popolazione attiva beneficia di un orario flessibile oppure lavora a tempo parziale e risponde al sondaggio manifestando la sua soddisfazione. Più del 20% delle persone interrogate è autorizzata a lavorare a distanza e la richiesta di questa modalità di lavoro è in crescita; due terzi degli interpellati vorrebbe poter svolgere una parte del lavoro a domicilio. Condizioni di lavoro flessibili a favore del dipendente si tramutano in una maggiore lealtà verso il datore di lavoro e una minore mobilità.

Sulle modalità di lavoro flessibile: manuale 1FLE. 2; Vademecum lavoro flessibile (edizione dicembre 2008)

Vietato fumare

Dal 1° maggio 2010, la legge federale per la protezione contro il **fumo passivo** vieta di fumare negli spazi chiusi accessibili al pubblico o adibiti a **luoghi di lavoro per più persone**. Riassumiamo i punti più importanti che riguardano l'applicazione nelle aziende.

- In tutti gli spazi chiusi adibiti a luoghi di lavoro per due o più persone è vietato fumare.
- È considerato luogo di lavoro ogni locale all'interno o all'esterno dell'impresa dove un lavoratore deve soggiornare per svolgere le mansioni affidategli. Quindi vanno considerati pure gli uffici utilizzati contemporaneamente o no, in permanenza o temporaneamente da più persone, i locali di uso comune come corridoi, caffetteria, sale riunioni.
- È consentito fumare negli spazi di lavoro chiusi occupati da una sola persona; il regolamento aziendale può però estendere il divieto di fumare.
- Il datore di lavoro può mettere a disposizione una sala fumatori non adibita a luogo di lavoro ma dovrà prendere le necessarie misure affinché il fumo non si propaghi negli spazi comuni.
- Negli esercizi pubblici, in Ticino, vige il divieto di fumare a tutela della salute del personale e degli avventori già dal 2007. La legge federale introduce un nuovo elemento: l'impiego di lavoratori per il servizio nelle sale fumatori e negli esercizi pubblici per fumatori è vincolato al consenso scritto da parte del lavoratore o della lavoratrice.
- Alle donne incinte, alle madri che allattano e ai minori di 18 anni si applicano le disposizioni di protezione speciale della legge sul lavoro e delle relative ordinanze.
- La legge federale di protezione contro il fumo passivo demanda l'esecuzione alle autorità cantonali, di regola gli ispettorati del lavoro.
- Chi contravviene alla legge, intenzionalmente o per negligenza, incorre in una multa fino a mille franchi.

Sul fumo passivo: manuale 3.2.6.2.1; 3.2.6.2.4

Sulla protezione dei giovani: 3.2.6.2.5
Sulla protezione delle donne: manuale 3.2.6.2.6