

15/02/2016

La nuova disciplina in materia di controlli a distanza e dimissioni

1

CONTROLLI A DISTANZA (ART. 23)

DAVERIO & FLORIO

STUDIO LEGALE

Documento Riservato

www.daverioflorio.com

studiolegale@daverioflorio.com

Il «vecchio» art. 4 Statuto dei Lavoratori

DAVERIO & FLORIO
STUDIO LEGALE

Documento Riservato
www.daverioflorio.com
studiolegale@daverioflorio.com

Il testo

ART. 4 - Impianti audiovisivi.

È vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti.

La riforma: art. 23 del Decreto Legislativo n. 151 del 14 settembre 2015

DAVERIO & FLORIO
STUDIO LEGALE

Documento Riservato
www.daverioflorio.com
studiolegale@daverioflorio.com

Le modifiche

1. - Cambia, prima di tutto, la **rubrica** dell'art. 4: essa

- ◉ era: *Impianti audiovisivi*

ora diventa:

- ◉ *Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo.*

La parola “strumenti” che sostituisce l'espressione «apparecchiature» è molto ampia, è quella che **caratterizza la riforma**

Le modifiche

2.- Il primo comma è stato abrogato

- ◉ *era: È vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori*

Le modifiche

3. - Il nuovo comma 1

- Il comma 1 **prevede** che per «*Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori*» è necessario il previo accordo sindacale o la previa autorizzazione amministrativa

segue

Il nuovo comma 2

- Il comma 2 **prevede** (ed è la grande novità) che «*La disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*».

Disciplina degli «strumenti» da cui deriva la possibilità di controllo a distanza:

Strumenti da cui deriva la possibilità di controllo a distanza ma che <u>non sono</u> usati per rendere la prestazione lavorativa	Strumenti da cui deriva la possibilità di controllo a distanza e che <u>sono</u> usati per rendere la prestazione lavorativa
occorre il previo accordo sindacale o la previa autorizzazione amministrativa	non occorre il previo accordo sindacale o la previa autorizzazione amministrativa

Ed ecco l'insidioso nuovo 3° comma:

«Le **informazioni** raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 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 decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196»

(pertanto l'utilizzo delle informazioni derivanti dagli strumenti di lavoro è sottoposto a due condizioni)

Le (confermate) sanzioni penali

L'articolo 171 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, è sostituito dal seguente:

«ART. 171. Altre fattispecie.

*1. La violazione delle disposizioni di cui all'articolo 113 e all'articolo 4, **primo e secondo comma**, della legge 20 maggio 1970, n. 300, è punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della legge n. 300 del 1970».*

segue

E' poco comprensibile il richiamo da parte dell'art. 171 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, del **secondo comma** dell'art. 4, della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Problema di coordinamento delle due norme

Articolo 38 - Disposizioni penali.

«Le violazioni degli articoli 2, 5, 6, e 15, primo comma lettera a) sono punite, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, **con l'ammenda da euro 154 a euro 1.549 o con l'arresto da 15 giorni ad un anno.**

Nei casi più gravi le pene dell'arresto e dell'ammenda sono applicate congiuntamente.

Quando per le condizioni economiche del reo, l'ammenda stabilita nel primo comma può presumersi inefficace anche se applicata nel massimo, il giudice ha facoltà di aumentarla fino al quintuplo.

Nei casi previsti dal secondo comma, l'autorità giudiziaria ordina la pubblicazione della sentenza penale di condanna nei modi stabiliti dall'articolo 36 del codice penale» .

In sintesi:

- ❑ rimane in generale l'obbligo di accordo sindacale o autorizzazione amministrativa prima di installare «impianti audiovisivi e strumenti» per ragioni lecite ma da cui possa derivare un controllo
- ❑ fanno eccezione, a certe condizioni, gli «strumenti» con potenzialità di controllo quando essi sono «attrezzi» di lavoro.

L'accordo sindacale

- Apparentemente la riforma ne riduce l'importanza, perché esso non è più necessario per gli strumenti di lavoro
- (ma già prima de facto era così, nessuno faceva un accordo sindacale prima di installare il sistema informativo...) – cfr. Cass. n. 25069 del 2013.

L'accordo sindacale (segue)

- è ora chiamato «accordo collettivo»
- deve essere stipulato con le RSA o le RSU
- in caso di più unità produttive in diverse province o regioni, può essere stipulato con le «associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»
- si è persa l'occasione per legittimare gli organi di coordinamento delle RSA

In mancanza di accordo sindacale si deve richiedere l'autorizzazione amministrativa presso:

- Direzioni territoriali del lavoro
 -
- Ministero del lavoro e delle politiche sociali

Le ragioni che consentono di installare impianti audiovisivi e altri strumenti non per finalità esclusiva di controllo a distanza dei lavoratori ma dai quali derivi anche tale potenzialità

...per esigenze organizzative

per esigenze produttive

per la sicurezza del lavoro

e per la tutela del patrimonio aziendale...

(le parole **in neretto** sono aggiunte della riforma)

DAVERIO & FLORIO

STUDIO LEGALE

Documento Riservato

www.daverioflorio.com

studiolegale@daverioflorio.com

Gli strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa

... come abbiamo visto per essi non sono necessari né l'accordo collettivo né l'autorizzazione ...

Nota del Ministero del Lavoro del 18 giugno 2015
Primo rilievo della nota:

*La modifica all'articolo 4 dello Statuto chiarisce, poi, che non possono essere considerati «strumenti di controllo a distanza» gli strumenti che vengono assegnati al lavoratore «per rendere la prestazione lavorativa» (una volta si sarebbero chiamati gli «attrezzi di lavoro»), **come pc, tablet e cellulari.***

Il secondo rilievo della nota del Ministero:

«L'espressione "per rendere la prestazione lavorativa" comporta che l'accordo o l'autorizzazione non servono se, e nella misura in cui, lo strumento viene considerato **quale mezzo che "serve" al lavoratore per adempiere la prestazione**: ciò significa che, nel momento in cui tale strumento viene **modificato** (ad esempio, con l'aggiunta di appositi software di localizzazione o filtraggio) per controllare il lavoratore, si fuoriesce dall'ambito della disposizione: in tal caso, infatti, da strumento che "serve" al lavoratore per rendere la prestazione il pc, il tablet o il cellulare divengono strumenti **che servono al datore per controllarne la prestazione**. Con la conseguenza che queste "modifiche" possono avvenire solo alle condizioni ricordate sopra: la ricorrenza di particolari esigenze, l'accordo sindacale o l'autorizzazione».

Informazioni utilizzabili dal datore di lavoro

- Finalmente dovrebbe essere acquisito che il datore di lavoro può utilizzare sia le informazioni contenute nel sistema informatico sia quelle contenute negli strumenti installati previo accordo collettivo/autorizzazione amministrativa
- anche quelle inserite dal dipendente e relative alla quali-quantità della prestazione lavorativa

Un Apple Watch con funzione di localizzazione fornita dal produttore?

Occorre che «serva per lavorare», e così per esempio per un assistente tecnico che deve rispondere a chiamate di Clienti

I controlli tramite gli strumenti di lavoro

- Obbiettivamente la nuova norma (il comma 2) sdogana il controllo anche a distanza sugli strumenti di lavoro «non modificati»
- La «minaccia penale» è prevista anche per tali controlli? (v. slide 11)

- Controlli non solo di inadempienze, ma anche dei dati quali/quantitativi?

Anche ai fini di premi e retribuzione variabile?

Anche ai fini disciplinari?

Nel nuovo art. 4 si dice che le informazioni raccolte **ai sensi di commi 1 e 2** sono utilizzabili «per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro»

Le condizioni

- «Le **informazioni** raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 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 decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196»

L'utilizzo delle informazioni raccolte ai sensi del comma 1

- ... cioè quelle derivate da strumenti installati previo accordo collettivo o autorizzazione amministrativa
- come si è visto l'utilizzo delle informazioni è sottoposto a condizioni

L'utilizzo delle informazioni raccolte ai sensi del comma 2

- ... cioè quelle derivate da strumenti di lavoro che servono a lavorare ...
- come si è visto l'utilizzo delle informazioni è sottoposto a condizioni

1^ condizione

- Adeguata informazione del lavoratore delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli

segue

- In realtà questa condizione era già prevista dall'allegato 34 al d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81

- Infatti l'allegato citato dice:

3. Interfaccia elaboratore/uomo All'atto dell'elaborazione, della scelta, dell'acquisto del software, o allorchè questo venga modificato, come anche nel definire le mansioni che implicano l'utilizzazione di unità videoterminali, il datore di lavoro terrà conto dei seguenti fattori:

a) il software deve essere adeguato alla mansione da svolgere;

b) il software deve essere di facile uso adeguato al livello di conoscenza e di esperienza dell'utilizzatore. **Inoltre nessun dispositivo di controllo quantitativo o qualitativo può essere utilizzato all'insaputa dei lavoratori;**

c) il software deve essere strutturato in modo tale da fornire ai lavoratori indicazioni comprensibili sul corretto svolgimento dell'attività;

d) i sistemi devono fornire l'informazione di un formato e ad un ritmo adeguato agli operatori;

2^a condizione

- nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196
- Questo sarà il punto critico!

La posizione ostile del Garante della Privacy

- Che ha protestato contro la frase «per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro»
- Che vuole impedire «la sorveglianza massiva e totale del lavoratore»

Il rispetto del d. lgs. n. 196

- Sarà il vero problema
- Basti pensare ai principi di pertinenza, correttezza, non eccedenza del trattamento, divieto di profilazione

o Profilazione:

I dati raccolti vengono utilizzati per finalità di profilazione, cioè per l'analisi e l'elaborazione di informazioni relative a persone, al fine di suddividere gli interessati in "profili", ovvero in gruppi omogenei per comportamenti o caratteristiche sempre più specifici

Posta elettronica: il d. lgs. n. 196 secondo il Garante

- Linee guida per il trattamento dei dati dei lavoratori privati (delib. Garante 23 novembre 2006, n. 53)
- Linee guida per posta elettronica e internet (delib. Garante 1 marzo 2007, n. 13)

Il provvedimento del Garante del 9 ottobre 2014

- Geolocalizzazione dei tecnici di rete Wind tramite smartphone
- Ammessa, anche senza il consenso dei lavoratori, ma con svariate limitazioni

3.1 Le finalità del trattamento, così come rappresentate dalla società, risultano **lecite**.

La funzionalità di localizzazione geografica consente infatti di ottimizzare la gestione ed il coordinamento degli interventi effettuati dai tecnici sul campo, incrementandone la tempestività e migliorando la qualità del servizio, soprattutto in caso di emergenze e/o calamità naturali. La localizzazione consente altresì di rafforzare le condizioni di sicurezza del lavoro effettuato dai tecnici stessi, permettendo l'invio mirato di eventuali soccorsi soprattutto in aree remote o non facilmente raggiungibili e comunque di supportare più rapidamente i lavoratori in caso di difficoltà.

... ma con svariate limitazioni

La raccomandazione del Comitato dei Ministri UE del 1 aprile 2015

- limite di accesso alle «comunicazioni elettroniche»
- divieto di uso dei sistemi informativi «aventi per scopo diretto e primario la sorveglianza di attività e comportamento dei lavoratori»
- limiti alle localizzazioni dei lavoratori
- ecc.

- I controlli difensivi occulti
- rimangono esperibili anche dopo la riforma?

La sentenza della Corte di Cassazione 27 maggio 2015 n. 10955

- operaio licenziato per abbandono del posto di lavoro
- era collegato a internet (Ipad)
- conversava in facebook tramite cellulare

- per accertare i fatti (facebook) il capo del personale aveva creato «un falso profilo di donna su facebook»
- ... e aveva chiesto amicizia all'operaio in orari di lavoro

- La Corte di Cassazione ha confermato che un conto è controllare l'adempimento delle obbligazioni lavorative (controllo soggetto all'art. 4) altro e diverso conto è tutelare il patrimonio aziendale o intercettare comportamenti illeciti (controlli difensivi non vietati dall'art. 4)

Sintesi

- la regola è che gli strumenti e gli impianti audiovisivi destinati ad altri fini rimangono sempre soggetti al requisito dell'accordo o della autorizzazione amministrativa
- fanno **eccezione gli strumenti di lavoro che non richiedono accordo collettivo o autorizzazione amministrativa**
- ma vi sono condizioni pesanti e pericolose, fra cui l'espresso richiamo al d. lgs. n. 196 (**privacy**)

- Richiama Cass. n. 2722 del 2012
- (dipendente bancario che con messaggi di p.e. forniva a terzi informazioni acquisite in base al rapporto di servizio)
- richiama i controlli anche «occulti» e anche «direttamente da parte del datore di lavoro» (mancata registrazione di vendite da parte di addetto alla cassa)

- alla fine Cass. 10955/2015 ammette i controlli difensivi pur sotto il vigore del vecchio art. 4
- e giustifica il licenziamento tramite il «falso profilo» perché destinato a proteggere il patrimonio aziendale (funzionamento e sicurezza della «pressa» cui era addetto l'operaio)

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 12 gennaio 2016

- Ingegnere licenziato da datore di lavoro romeno per avere utilizzato un account Yahoo aziendale (anche) per scambiare messaggi con il fratello e la fidanzata
- L'ingegnere lamentava l'asserita violazione delle norme penali romene poste a tutela della segretezza della corrispondenza e della riservatezza

- Sia il Tribunale di Bucarest sia la Corte di Appello di Bucarest rigettavano l'impugnazione del licenziamento sul duplice presupposto che:
 - l'ingegnere conosceva le policies aziendali che limitavano l'uso dell'account ai soli fini lavorativi
 - il controllo delle emails private non inficiava la validità del licenziamento

- La Corte Europea dei diritti dell'uomo, pur ritenendo ammissibile il ricorso, rigettava l'impugnazione
- Ciò in quanto l'ingegnere conosceva le policies aziendali e non poteva vantare nessuna aspettativa alla riservatezza (art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)
- Dubbi sull'automatica applicazione in Italia del principio, alla luce del rimando che l'art. 4 L. 300/70 opera al D.lgs. 196/03