

12 settembre 2019

Contenzioso Controlli a distanza

1

DAVERIO & FLORIO
STUDIO LEGALE

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

Procedimenti disciplinari (la contestazione deve essere specifica e tempestiva)

Azioni risarcitorie (ci deve essere un danno effettivo; sono indipendenti dal profilo disciplinare)

Il «vecchio» art. 4 Statuto dei Lavoratori (Legge 20 maggio 1970, n. 300)

DAVERIO & FLORIO

STUDIO LEGALE

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

Il testo dell'art. 4 ante - riforma

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

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

- I controlli «buoni» e quelli «cattivi»
- L'importanza della «finalità»
- L'ordinamento esige che le Società virtuose «controllino»: l'esempio delle Banche

Il nuovo primo comma

«Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di 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** e possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali».

Il nuovo comma 2

Il nuovo comma 2 **prevede** 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**».*

DAVERIO & FLORIO

STUDIO LEGALE

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

Il 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»

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

Le (confermate) sanzioni penali

L'articolo 171 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come sostituito da ultimo dal'art. 15 D.Lgs. 101/2018 prevede :

«ART. 171. Violazioni delle disposizioni in materia di controlli a distanza e indagini sulle opinioni dei lavoratori.

1. La violazione delle disposizioni di cui agli articoli 4, comma 1, e 8 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e' punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della medesima legge».

DAVERIO & FLORIO

STUDIO LEGALE

Documento Riservato

www.daverioflorio.com

studiolegale@daverioflorio.com

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 ad es. il sistema informativo...) – cfr. Cass. n. 25069 del 2013;
- Esso rimane però un passaggio fondamentale

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)

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».

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»

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»

1^ condizione

- Adeguata informazione del lavoratore delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli
- **Sono fondamentali le policy aziendali:** le tipologie di controlli debbono essere rese note

segue

- Fra l'altro 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 e oggi dal GDPR
- Purtroppo il GDPR è meno esplicito sul diritto al trattamento di dati per finalità giudiziali ma...

... contiene diverse norme che consentono il trattamento dei dati per l'accertamento o la difesa di un diritto in sede giudiziaria:

- art. 9: trattamento di categorie particolari di dati personali;
- art. 17 e 21: limitazioni all'esercizio dei diritti dell'interessato

La posizione critica 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 provvedimento del Garante del 22 dicembre 2016

La fattispecie

La vicenda nasceva dal reclamo di un dipendente che si era rivolto al Garante lamentando un illegittimo trattamento effettuato da una multinazionale (AON S.p.A.) che aveva illegittimamente acquisito informazioni (anche private) contenute nella *e-mail* e nello *smartphone* aziendale, sia durante sia dopo la cessazione del rapporto di lavoro

DAVERIO & FLORIO

STUDIO LEGALE

Documento Riservato

www.daverioflorio.com

studiolegale@daverioflorio.com

L'istruttoria del Garante aveva messo in luce 3 profili critici:

1) Omessa informativa del datore di lavoro in merito alle modalità ed alle finalità della raccolta e della conservazione dei dati (art. 13 D. Lgs. 196/03).

Secondo il Garante « ... *non risulta che la società abbia informato il reclamante – e gli altri dipendenti – circa modalità e finalità della descritta attività di raccolta e conservazione dei dati né all'interno delle informative individualizzate (...), né con documenti informativi resi noti alla generalità dei dipendenti (...).* Ciò risulta in contrasto con l'obbligo posto in capo al titolare del trattamento di fornire una preventiva informativa all'interessato in ordine alle caratteristiche essenziali dei trattamenti effettuati nonché con il principio di correttezza ...»

2) Omessa disattivazione dell'account di posta elettronica aziendale, rimasto attivo per 6 mesi dopo la cessazione del rapporto di lavoro.

Secondo il Garante « ... *in conformità ai principi in materia di protezione dei dati personali, gli account riconducibili a persone identificate o identificabili devono essere rimossi previa disattivazione degli stessi e contestuale adozione di sistemi automatici volti a informare i terzi e a fornire a questi ultimi indirizzi alternativi riferiti all'attività professionale del titolare del trattamento. L'interesse del titolare ad accedere alle informazioni necessarie all'efficiente gestione della propria attività, pertanto, deve essere contemperato con la legittima aspettativa di riservatezza sulla corrispondenza da parte dei dipendenti*»

3) Conservazione per 10 anni dei dati sul server aziendale.

Secondo il Garante « ... risulta inoltre non conforme ai principi di necessità, pertinenza e non eccedenza (...) la conservazione per dieci anni su server aziendali sia dei dati esterni che dei contenuti delle comunicazioni elettroniche. Tale esteso tempo di conservazione applicato indistintamente a tutte le e-mail scambiate (in relazione al quale la società non fornito elementi in ordine alle specifiche ragioni che lo renderebbero necessario in relazione agli scopi perseguiti) non appare infatti commisurato alle ordinarie necessità di gestione dei servizi di posta elettronica, comprese le esigenze di sicurezza dei sistemi »

LIMITI DI ACCESSO ALLA POSTA ELETTRONICA DEI DIPENDENTI:

1) «*tale disciplina (art. 4 Stat. Lav.: n.d.r.), pure a seguito delle modifiche disposte con l'art. 23 del decreto legislativo 14 settembre 2015 n. 151, non consente l'effettuazione di attività idonee a realizzare (anche indirettamente) il controllo massivo, prolungato e indiscriminato dell'attività del lavoratore*»;

2) «*il datore di lavoro, pur avendo la facoltà di verificare l'esatto adempimento della prestazione lavorativa ed il corretto utilizzo degli strumenti di lavoro da parte dei dipendenti, deve in ogni caso salvaguardarne la libertà e la dignità e, in applicazione dei principi di liceità e correttezza dei trattamenti di dati personali, informare in modo chiaro e dettagliato circa le consentite modalità di utilizzo degli strumenti aziendali e l'eventuale effettuazione di controlli anche su base individuale ...*»

LIMITI DI ACCESSO ALLO SMARTPHONE IN USO AI DIPENDENTI:

1) « la prevista facoltà per il titolare di accedere da remoto all'area ove sono archiviati i documenti creati nel corso dell'attività lavorativa e cancellarli, nonché la facoltà di accedere, raccogliere, conservare (senza individuare tempi di conservazione proporzionati allo scopo della raccolta) comunicare e cancellare le informazioni comunque presenti all'interno del dispositivo (dunque in ipotesi anche di natura privata) in occasione del verificarsi di eventi genericamente indicati ed in assenza della predisposizione di alcuna procedura di garanzia, non è conforme ai principi di liceità, necessità, pertinenza e non eccedenza dei trattamenti»;

2) « ... con specifico riferimento alla liceità del trattamento, ciò risulta in contrasto con quanto stabilito dai già citati articoli 4 e 8 l. 20.5.1970 n. 300 (...) stante la possibilità per la società di effettuare in tal modo il controllo sistematico e massivo dell'attività del dipendente ed accedere a dati non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale dello stesso

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.

- 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)
- Ma dopo la riforma vi sono dubbi

In sintesi:

- Il tema fondamentale è quello delle policy
- Nel contenzioso occorre muoversi con prudenza nella trattazione dei dati

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 e conseguentemente al GDPR