

POTERE DI CONTROLLO E PRIVACY DOPO IL JOBS ACT

Avv. Andrea Stanchi

L'Europa

Europe 2020 Strategy Executive Summary COM(2010) 2020 final

Europe can succeed if it acts collectively, as a Union. We need a strategy to help us come out stronger from the crisis and turn the EU into a smart, sustainable and inclusive economy delivering high levels of employment, productivity and social cohesion. Europe 2020 sets out a vision of Europe's social market economy for the 21st century.

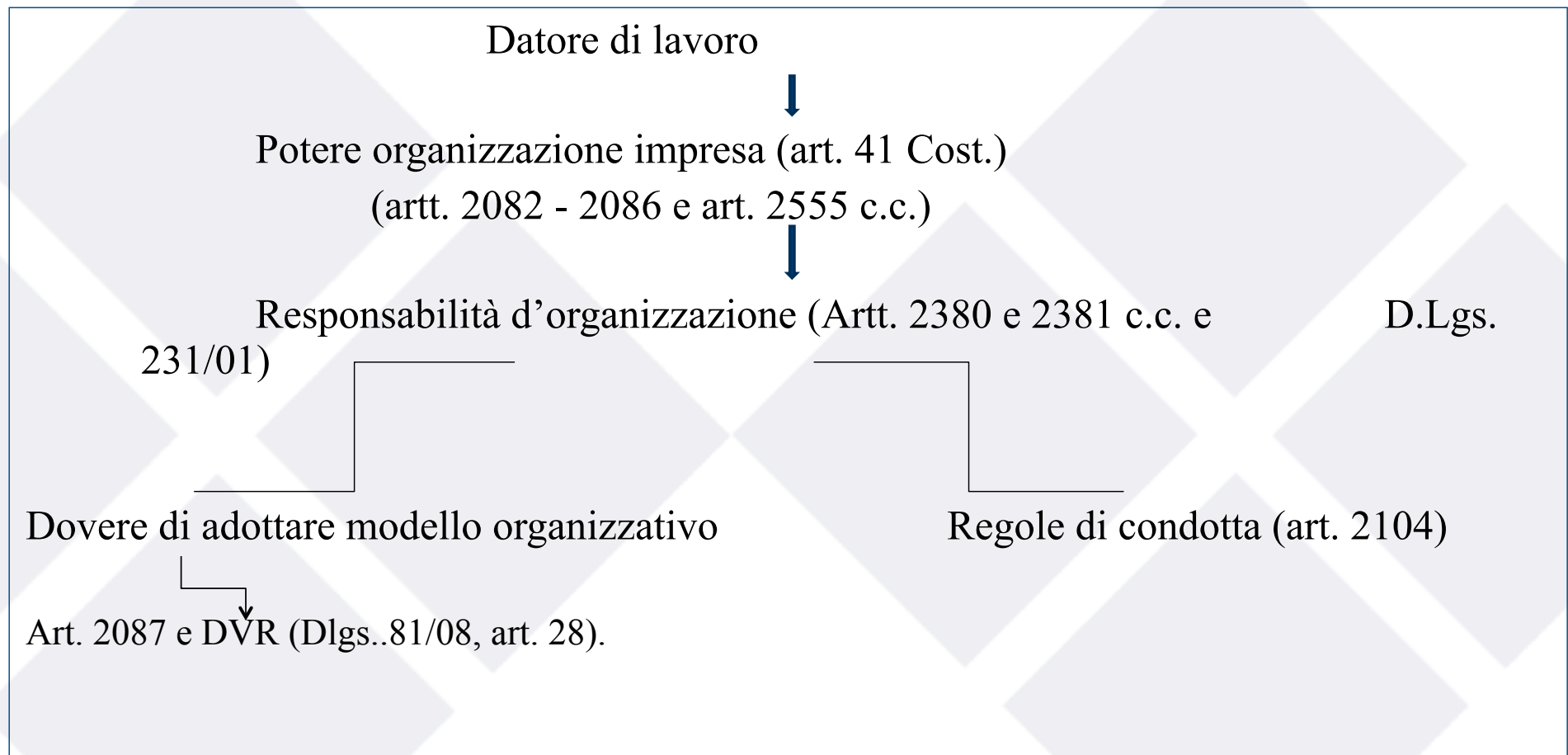
Europe 2020 puts forward three mutually reinforcing priorities:

- Smart growth: developing an economy based on knowledge and innovation.*
- Sustainable growth: promoting a more resource efficient, greener and more competitive economy.*
- Inclusive growth: fostering a high-employment economy delivering social and territorial cohesion..*

L'Europa

European Digital Agenda COM(2010) 245 final

To achieve a sustainable future, it must already look beyond the short term. Faced with demographic ageing and global competition we have three options: work harder, work longer or work smarter. We will probably have to do all three, but the third option is the only way to guarantee increasing standards of life for Europeans.



L'obbligo di trasparenza riduce l'uomo a un elemento funzionale di un sistema.

In ciò consiste la violenza della trasparenza.

Byung-Chul Han

Le innovazioni nell'uso dei big data, la crescente raffinatezza degli algoritmi e i progressi sul fronte dell'IA sono arrivati a lambire i livelli avanzati della specializzazione, e quindi a insidiare le professioni specialistiche, a lungo considerate immuni dalla sostituzione tecnologica. J. Rifkin

La sorveglianza nell'età dell'informazione è informazione resa incorporea, è selezione attuata attraverso programmi informatici e tecniche statistiche. E' il prodotto di una duplice adiaforizzazione, in cui non solo il processo di categorizzazione annulla la responsabilità, ma è lo stesso concetto di informazione utilizzato a ridurre l'umanità della persona categorizzata, indipendentemente dal fine. Z. Bauman – D. Lyon.

Codice in materia di protezione dei dati personali

The right to protection of personal data is established by Article 8 of the Charter and Article 16 TFEU and in Article 8 of the ECHR. As underlined by the Court of Justice of the EU27, the right to the protection of personal data is not an absolute right, but must be considered in relation to its function in society.

(Court of Justice of the EU, judgment of 9.11.2010, Joined Cases C-92/09 and C-93/09 Volker und Markus Schecke and Eifert [2010] ECR I-0000).

Rapporto di lavoro come contratto sinallagmatico

- ✂ controllo dell'esecuzione della prestazione
- ✂ controllo delle motivazioni della sospensione della prestazione (art. 2110 c.c.)

Lo Statuto dei lavoratori (artt. 2, 3, 4, 8)

- ◆ esclusione del potere di controllo di tutti gli elementi estranei alla valutazione della capacità lavorativa;
- ◆ tutela della dignità;
- ◆ tutela contro la discriminazione.

Esiste ancora il divieto di controllo?

- Resiste come principio generale;
- Esclusivamente Divieto assoluto ed inderogabile di installazione ed uso di strumenti e impianti audiovisivi il cui solo scopo è il controllo dell'attività dei lavoratori (Cass. 8250/2000);
- Primo e secondo comma regolano delle **deroghe** per risolvere le antinomie.

Qual è l'oggetto del divieto?

- I modi di adempimento dell'obbligazione lavorativa (Cass. 20440/15).
- la trasparenza costrittiva del controllo riducendo l'uomo ad elemento funzionale di un sistema è contraria alla dignità dell'individuo e si trasforma in violenza (Byung.Chul Han).
- Irrilevanza della conoscenza del controllo da parte dei lavoratori. (Cass. 9211/97, 1490/86, 1236/83).

Quali sono gli strumenti del controllo?

- Sistemi audiovisivi ed ogni strumento che attraverso software applicativi possa produrre una sintesi informativa descrittiva che mediante il processo di categorizzazione dell'informazione riduce a dato l'umanità della persona (Lyon/Baumann);
- è il messaggio che determina il *medium* (ragionando da McLuhan).

Segue: gli strumenti di controllo.

(Corte di Cassazione n. 4375/2010). *“i programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi Internet sono necessariamente apparecchiature di controllo nel momento in cui, in ragione delle loro caratteristiche, consentono al datore di lavoro di controllare a distanza e in via continuativa durante la prestazione l’attività lavorativa e se la stessa sia svolta in termini di diligenza e di corretto adempimento”. Cosa evidente laddove “nella lettera di licenziamento i fatti accertati mediante il programma Super Scout sono utilizzati per contestare alla lavoratrice la violazione dell’obbligo di diligenza sub specie di aver utilizzato tempo lavorativo per scopi personali (e non si motiva invece una particolare pericolosità dell’attività di collegamento in rete rispetto all’esigenza di protezione del patrimoni aziendale)”*

Segue2: gli strumenti di controllo.

Cassazione, sezione Lavoro, 22 marzo 2011 n. 6489.

*“Come è logico e confermato dal complesso della giurisprudenza in materia di questa Corte, nell’ambito delle esigenze prese in considerazione nel comma 1 (ndr dell’art. 4 S.L.) è ricompresa anche quella di tutela del patrimonio aziendale, potendo apparire **non del tutto chiarito dalla giurisprudenza solo in quali precisi limiti le apparecchiature volte alla tutela dello stesso possano considerarsi, in relazione all’oggetto dei relativi controlli, addirittura esclusi dalla esigenza della previa autorizzazione a norma dell’art. 4, comma 2, dello statuto** (cfr. Cass. n. 1236/21983; 8250/2000; 4746/2002; 15892/2007, 4375/2010). La vicenda in esame, tuttavia offre l’occasione di un ulteriore approfondimento riguardo a tale punto con la precisazione che la procedura autorizzatoria di cui all’art. 4, comma 2, **è senza dubbio necessaria tutte le volte in cui i controlli vengono a consentire in via di normalità - e, si direbbe, inevitabilmente - il controllo anche delle prestazioni lavorative**, come nel caso in esame. Poiché nella specie, come è pacifico, gli impianti per il controllo sono stati autorizzati a norma dell’art. 4 dello statuto dei lavoratori, e l’utilizzazione in causa delle relative riprese riguarda proprio le esigenze di tutela alla base della loro installazione e autorizzazione, non è ravvisabile alcuna violazione della disciplina legale in esame, anche se il controllo a distanza ha costituito il mezzo per rilevare e dimostrare un illecito avente anche rilievo disciplinare”.*

Quali sono i confini dell'oggetto del controllo?

- il controllo va diversamente apprezzato se la prestazione si svolge al di fuori dei locali dell'impresa ed in esterno, perché va riequilibrata la oggettiva compromissione del diritto del datore di lavoro (derivante dall'obbligazione contrattuale) di verifica in funzione di accettazione dell'esatto adempimento (Cass. 20440/15, arg. Ex artt. 2 e 3 Statuto);
- sono escluse dai *modi di adempimento* protetti le "*mancanze specifiche e comportamenti estranei alla normale attività lavorativa nonchè illeciti*" (Cass. 20440/15);
- sono escluse, con le modalità previste, le fattispecie di deroga **commi 1 e 2).**

Quali sono allora i controlli non vietati?

- I controlli **esterni ai modi di adempimento**, sia in senso fisico (fuori dal luogo di lavoro), sia in senso temporale (fuori dall'orario di lavoro);
- I controlli che abbiano quale oggetto **esclusivo** le mancanze specifiche o gli illeciti;
- quelli che avvengono secondo le modalità previste dalle deroghe (co. 1 e 2);
 - Controlli preterintenzionali a seguito di accordo sindacale/autorizzazione DTL;
 - Controllo sull'utilizzazione normale degli strumenti di lavoro.

Segue, la giurisprudenza: la prova nel processo penale.

Cass. Pen. Sez. 2 n. 2890/2015

Sono utilizzabili nel processo penale, ancorché imputato sia il lavoratore subordinato, i risultati delle videoriprese effettuate con telecamere installate all'interno dei luoghi di lavoro ad opera del datore di lavoro per esercitare un controllo a beneficio del patrimonio aziendale messo a rischio da possibili comportamenti infedeli dei lavoratori, perché le norme dello Statuto dei lavoratori poste a presidio della loro riservatezza non fanno divieto dei cosiddetti controlli difensivi del patrimonio aziendale e non giustificano pertanto l'esistenza di un divieto probatorio (Cass. Sez. 5, Sentenza n. 20722 del 18/03/2010 Ud. (dep. 01/06/2010) Rv. 247588; Sez. 5, Sentenza n. 34842 del 12/07/2011 Ud. (dep. 26/09/2011) Rv. 250947)

I controlli preterintenzionali: il comma 1 e le modalità *flat*.

- Il controllo che comporti una modalità c.d. *flat*, cioè che comprende i modi dell'adempimento della prestazione, implica necessariamente il ricorso alle procedure del comma 1.
- ma basta la potenzialità astratta del controllo? (E' sufficiente che le apparecchiature siano state solo installate anche se non ancora funzionanti? : Cass. 9211/97, Cass. 1490/86);
- No, dal sistema delle deroghe (commi 1 e 2, nonché artt. 2 e 3 L.n. 300/70) preferibile tesi della potenzialità concreta del controllo (Giugni, Cass. 20440/15).

Art. 4 S.L.: qual è il sindacato legittimato a firmare gli accordi?

Trib. Lucca 3 febbraio 2015, ordinanza: non è legittimo l'accordo con una sola RSA minoritaria.

- che "l'installazione in azienda, da parte del datore di lavoro, di impianti audiovisivi - che è assoggettata ai limiti previsti dall'art. 4 stat. lav. anche se da essi derivi solo una mera potenzialità di controllo a distanza sull'attività lavorativa dei dipendenti, senza che peraltro rilevi il fatto che i dipendenti siano a conoscenza dell'esistenza di tali impianti - deve essere preceduta dall'accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, non essendo sufficiente, in ragione della tassatività dei soggetti indicati dal comma 2 dell'art. 4 cit., a legittimare tale installazione un'intesa raggiunta dal datore di lavoro con organi di coordinamento delle r.s.a. di varie unità produttive; con l'ulteriore conseguenza che è identificabile in tale fattispecie un comportamento antisindacale del datore di lavoro, reprimibile con la speciale tutela approntata dall'art. 28 stat. lav., la quale prescinde dall'esistenza di alcuno specifico elemento intenzionale" (vedi Cass. civ., 16/09/1997, n. 9211);

Art. 4 S.L., co. 2:

Art. 4, comma secondo, non si applica la regola del primo comma:

- agli strumenti di lavoro;
- Badge di accesso e controllo presenze;
- Controllo pezzi prodotto lavoro a cottimo.

Ma cosa sono gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa?

- L'accezione semantica allude a *congegni*, ma è limitativa;
- Dalla giurisprudenza emerge una nozione connessa alla idoneità ad assolvere *complessivamente* una *funzione normale* della prestazione lavorativa (cfr. Cass. 20440/15: in questo senso l'auto ed il suo GPS, software incluso, appartengono -ai fini della norma- alla nozione di *strumento* in quanto idonei a *consentire l'adempimento normale* della prestazione).

Ma allora tramite gli strumenti posso eseguire controllo sull'attività?

- Co. 2 è una deroga, quindi il principio generale resta valido;

- Conferma questa interpretazione l'art. 171 Codice Privacy:

La violazione delle disposizioni di cui ..(omiss).. all'art. 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.

E allora che controlli posso eseguire?

- Tramite gli strumenti posso eseguire i controlli **sull'impiego corretto** dello strumento rispetto alla sua specifica finalità (abuso ed uso illecito);
- Possono eseguirsi controlli sul **risultato** *dell'impiego normale secondo la finalità propria* dello strumento;
- Non possono eseguirsi controlli che siano continuativi sulle **modalità** dell'intera prestazione (art. 171 CP e sanzione penale).

Segue. Cass. Pen. 25453/11

(caso di applicazione dell'art. 615-bis interferenze nella vita privata tramite riprese da distante)

... la tutela apprestata dal legislatore alla riservatezza postula

"la liceità dell'attività svolta in ambito privato, potendo, diversamente, l'intrusione nell'altrui privacy ritenersi comunque contestata, tanto più in presenza di un diritto, il cui esercizio si intenda garantire o la cui violazione si voglia avvertare o prevenire".

Art. 4 S.L.: Sanzioni

- ❖ Sanzioni penali ex art. 38 S.L. “Commette il reato di cui agli art. 4, comma 2, e 38 l. 20 maggio 1970 n. 300 il datore di lavoro, il quale, senza preventivo accordo con le rappresentanze sindacali, abbia installato delle telecamere che, seppure destinate ad evitare furti, renda possibile il controllo a distanza dell'attività dei dipendenti (Cass. Pen , sez. III, 2801/03 n. 10268; oggi v. 114 e 171 codice privacy.)
- ❖ Violazione della procedura: comportamento antisindacale:
 - ❖ art. 28 l.n. 300/70 (Trib. Milano 18/3/06);
- ❖ Sul piano processuale civilistico:
 - ❖ impossibilità di attribuire valore probatorio al dato informativo acquisito attraverso l'uso di apparecchiature in violazione del divieto di cui all'art. 4 S.L. (Cass. 8250/2000)

Cassazione penale , sez. III, sentenza 11.06.2012 n° 22611

Se è vero che la disposizione di cui all'art. 4 statuto dei lavoratori intende tutelare i lavoratori contro forme subdole di controllo della loro attività da parte del datore di lavoro e che tale rischio viene escluso in presenza di un consenso di organismi di categoria rappresentativi (RSU o commissione interna), a fortiori, tale consenso deve essere considerato validamente prestato quando promani proprio da tutti i dipendenti. (Caso in cui è stata assolta per insussistenza del fatto la legale rappresentante di un'azienda che era stata condannata, in grado di merito, per aver installato quattro telecamere volte a realizzare la videosorveglianza, due delle quali inquadravano direttamente alcune postazioni di lavoro fisse occupate dai lavoratori. L'installazione si era perfezionata soltanto dopo aver acquisito il consenso della totalità dei prestatori di lavoro, espresso per iscritto mediante sottoscrizione di ognuno. Inoltre nei locali aziendali erano stati affissi dei cartelli che segnalavano la presenza del sistema di video sorveglianza.)

Art. 4 S.L., co. 3: Uso dei dati e Privacy

3. 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.**

Quale uso dei dati ?

- Verifica della conformità del risultato della prestazione;
- Verifica della qualità della prestazione;
- Accertamento della difformità;
- Provvedimenti disciplinari;
- Denuncia penale.

A quali condizioni?

- Adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti;
- Adeguata informazione di effettuazione dei controlli;
- **e rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.**

Grazie per attenzione