



Capitolo 8

I controlli a distanza

di Vittorio Provera e Giovanna Vaglio Bianco

Capitolo 8 I controlli a distanza

1. Da dove nasce la necessità di disciplinare i controlli a distanza?

Il datore di lavoro, nell'ambito del proprio potere organizzativo e direttivo, ha un interesse legittimo ad adottare forme di controllo sul corretto adempimento della prestazione lavorativa prevista dal contratto, con lo scopo di:

- verificare se il dipendente usa la prescritta diligenza (articolo 2104, comma 1, del Codice civile);
- verificare se il dipendente osserva le disposizioni impartitegli (articolo 2104, comma 2, del Codice civile) ed utilizza correttamente gli strumenti aziendali;
- esercitare eventualmente il potere disciplinare (articoli 2106 del Codice civile e 7 Statuto Lavoratori).

Nell'esercizio di queste prerogative si deve rispettare la dignità e la riservatezza del lavoratore. La vigilanza va, infatti, mantenuta ad una "dimensione umana", ovvero non deve essere invasiva, ma rispettosa delle garanzie di libertà e dignità dei dipendenti.

Da qui l'esigenza di regolamentare l'utilizzo e la funzione degli strumenti e delle apparecchiature idonee ad esercitare un controllo a distanza.

Le potenzialità offerte dalle recenti innovazioni tecnologiche – che hanno anche condizionato e rivoluzionato l'organizzazione delle attività professionali, sia produttive che dei servizi – rendono il fenomeno "del controllo datoriale" in continua evoluzione.

Le fonti giuridiche nel regolare questa prerogativa si trovano in numerosi testi legislativi, la disposizione più nota è contenuta all'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori, recentemente riformulata dall'articolo 23 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 151 (uno dei decreti di attuazione del Jobs Act).

2. Cosa prevedeva lo Statuto dei Lavoratori?

L'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori disponeva un divieto generale di uso degli impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori (comma 1); ne consentiva l'impiego solo se i controlli erano necessari per esigenze organizzative e produttive, ovvero per la sicurezza sul lavoro (comma 2). In tal caso, tuttavia, se dal loro utilizzo derivava anche la possibilità di controllo a distanza, erano installabili solo previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza, con la commissione interna (poi rappresentanze sindacali aziendali). In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvedeva la Direzione provinciale (poi territoriale) del lavoro – Servizi ispettivi che, se necessario, poteva dettare le modalità per l'uso degli impianti.

3. Quali erano gli strumenti di controllo previsti dallo Statuto?

L'articolo 4 riflettendo lo stato della tecnologia dell'epoca in cui è stato scritto (anni settanta), intendeva riferirsi fondamentalmente all'impiego di impianti televisivi a circuito chiuso e ai microfoni. Sennonché, l'ampia formulazione (che allude anche ad "altre apparecchiature"), ne ha consentito l'estensione alle più moderne ed in continua evoluzione forme di controllo a distanza temporale. Ovvero a qualsiasi strumento di controllo non riconoscibile ("occulto") del lavoratore, reso possibile tramite l'utilizzo di apparecchiature in grado di verificare l'attività in un luogo diverso da quello dove viene esercitata, nonché quegli strumenti che possono ricostruire l'attività a distanza di tempo anche non ravvicinata.

In particolare, per "impianti audiovisivi" si sono intesi tutti quei macchinari / strumenti che consentono di acquisire una diretta conoscenza dell'attività svolta dai dipendenti, mentre con l'espressione "altre apparecchiature" ci si è riferiti ad ogni strumento, incorporato o meno nelle apparecchiature di lavoro, idoneo ad assolvere la finalità vietata dalla norma.

Sul punto, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che "i programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi ad Internet sono strumenti di controllo al-

lorquando consentono al datore di lavoro di controllare a distanza e in via continuativa l'attività lavorativa" (23 febbraio 2010, n. 4375).

A titolo esemplificativo, dalla giurisprudenza sono stati ritenuti strumenti di controllo a distanza:

- i telefoni cellulari ("smartphone") e computer palmari dotati della funzionalità di geolocalizzazione attivata, con la possibilità di archiviare la posizione geografica del dipendente che ha in uso il dispositivo;
- le tecnologie biometriche;
- i centralini telefonici automatici in grado di registrare e riprodurre su tabulati la distanza, il tempo, il destinatario ed il numero chiamante per ogni singola telefonata.

Se dall'utilizzo di tali apparecchiature, dunque, poteva derivare un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, l'installazione era consentita solamente previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali o, su istanza del datore di lavoro, previa autorizzazione dei servizi ispettivi della Direzione territoriale del lavoro, la quale poteva dettare le modalità per l'uso di tali strumenti.

4. Cosa accadeva in caso di installazione di apparecchi vietati?

L'inosservanza delle disposizioni comportava, sul piano civilistico, l'inutilizzabilità del dato informativo così acquisito, escludendo la rilevanza probatoria dei risultati dei controlli dell'attività dei lavoratori, sia a fini disciplinari che risarcitori (Cassazione 23 febbraio 2010, n. 4375).

La violazione, inoltre, poteva costituire condotta antisindacale (articolo 28 dello Statuto dei Lavoratori) ed integrare un illecito penale.

5. Che cosa sono i "controlli difensivi"?

La giurisprudenza ha, nel corso degli anni, elaborato una distinzione tra controlli inerenti l'attività lavorativa, per i quali valgono i limiti illustrati e i controlli "difensivi", volti ad accertare eventuali comportamenti illeciti commessi dal lavoratore in occasione dello svolgimento della prestazione, che devono

ritenersi fuori dall'ambito di applicazione dello Statuto.

Con la recente sentenza n. 20440 del 12 ottobre 2015 la Corte di Cassazione, nell'esaminare la questione dei controlli "difensivi" (che, secondo quanto riportato in motivazione, sono quelli "intesi a rilevare mancanze specifiche e comportamenti estranei alla normale attività lavorativa nonché illeciti"), ha affermato la legittimità del controllo "quando il lavoro dev'essere eseguito, al di fuori dai locali aziendali, ossia in luoghi in cui è più facile la lesione dell'interesse all'esatta esecuzione della prestazione lavorativa e dell'immagine dell'impresa, all'insaputa dell'imprenditore".

Partendo da tali premesse, la Suprema Corte ha ritenuto legittimo il licenziamento disciplinare intimato sulla base di prove acquisite, tra l'altro, mediante un sistema satellitare Gps (*global positioning system*), collocato sull'autovettura aziendale affidata al dipendente per svolgere il suo incarico. Con specifico riferimento alla fattispecie esaminata, si osserva che l'autovettura aziendale può essere considerata uno "strumento" di lavoro. Si potrà semmai discutere se un sistema di controllo (nel caso di specie, il Gps), che non sia "connaturato" allo strumento di lavoro (cioè, non ne costituisca parte integrante dall'origine), debba essere sottoposto, o meno, alle prescrizioni stabilite dal primo comma, articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori (ovvero, accordo sindacale o autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro, nell'ambito della disciplina previgente). E ancora, sempre di recente, su tale tema, la Suprema Corte ha ritenuto legittima la creazione, da parte del datore di lavoro, di un falso profilo su Facebook attraverso il quale "chattare" con il lavoratore al fine di verificare come viene usato il telefono cellulare durante l'orario di lavoro. La condotta dell'azienda esula dal campo di applicazione dell'articolo 4 trattandosi di un'attività di controllo che non ha ad oggetto l'attività lavorativa ed il suo esatto adempimento, ma l'eventuale perpetrazione di comportamenti illeciti da parte del dipendente, idonei a ledere il patrimonio aziendale sotto il profilo del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti. (Cassazione 27 maggio 2015, n. 10955). Anche la disamina della posta elettronica azien-

6. Qual è la relazione tra controlli a distanza e tutela della privacy?

dale del dipendente è stata ritenuta estranea al campo di applicazione dell'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori e, come tale, consentita quando sia attuata al fine di accertare, a posteriori, il comportamento illecito attribuito al lavoratore e quando già siano emersi elementi di fatto tali da indurre l'avvio di una indagine (Cassazione, 23 febbraio 2012, n. 2722).

La materia dei controlli a distanza solleva anche problemi di tutela della sfera personale, disciplinata dal relativo "Codice della Privacy" (decreto legislativo n. 196 del 30 giugno 2003) e dai successivi provvedimenti del Garante.

La normativa in materia di privacy, al fine di tutelare il diritto alla protezione dei dati personali, subordina l'adozione di sistemi di videosorveglianza (e, non solo) al rispetto dei principi di liceità, necessità, proporzionalità e finalità, stabilendo ulteriori adempimenti per il datore di lavoro, tra cui:

- un'adeguata informativa agli interessati sulla presenza dei sistemi di videosorveglianza;
- i limiti per la conservazione dei dati raccolti tramite telecamere (che di norma non possono superare le 24 ore, salvo casi particolari di indagini di polizia e giudiziarie, sicurezza degli istituti di credito, ecc.).

Il Garante si è espresso nel 2014 (Provvedimenti del 3 novembre 2014, doc. web n. 3474069 e n.3505371) anche in materia di nuove tecnologie (smartphone e geolocalizzazione), affermandone la liceità, a condizione che siano rispettate una serie di garanzie per il trattamento dei dati (informativa ai dipendenti, rilevazione dei dati ad intervalli stabiliti, con l'esclusione della continuità di tracciamento e senza la possibilità di archiviare le rilevazioni precedenti all'ultima). L'utilizzo di tali apparecchi è, infatti, necessario a soddisfare esigenze organizzative e produttive, non riconducibili a finalità di controllo.

In particolare, l'Autorità ha esaminato la richiesta, da parte di due società di telecomunicazioni, di

dotare i propri dipendenti, (impiegati sul territorio) di smartphone su cui è attivabile la funzione di localizzazione geografica. Nello specifico le finalità, così come rappresentate dalle Società richiedenti e corredate da una serie di garanzie per il trattamento dei dati (tra cui, ad esempio, un'adeguata informativa ai dipendenti, nonché la rilevazione dei dati ad intervalli stabiliti, con l'esclusione di una continuità di tracciamento e senza la possibilità di archiviare le rilevazioni precedenti all'ultima), sono state ritenute lecite, in quanto effettuate nell'ambito del rapporto di lavoro per soddisfare esigenze organizzative e produttive, ovvero per la sicurezza del lavoro e non riconducibili a finalità di controllo (tanto che i dati non potranno essere utilizzati per scopi diversi da quelli dichiarati, come ad esempio per l'irrogazione di provvedimenti disciplinari).

In ogni caso, il Garante, in un recente provvedimento del settembre 2015, ha ribadito che il datore di lavoro, nella definizione delle modalità di utilizzo degli strumenti aziendali, deve comunque far sì che queste rispettino la libertà e dignità dei lavoratori, nonché i principi di correttezza, di pertinenza e non eccedenza stabiliti dal Codice della Privacy. Di conseguenza, sulla scorta di quanto appena illustrato, il Garante ha stabilito che il datore di lavoro non può "spiare"/visualizzare le conversazioni dei dipendenti sulla "chat" di Skype (Newsletter Garante Privacy, n. 406 del 28 settembre 2015).

La recente modifica dell'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori contiene, come vedremo fra breve, un espresso richiamo alla necessità di rispetto del Codice della Privacy.

7. Quali sono le novità del Jobs Act?

Il Jobs Act ha introdotto un cambiamento sostanziale prevedendo una regolamentazione differenziata a seconda che si tratti di:

- impianti audiovisivi ed altri strumenti ed apparecchiature;
- apparecchi/strumenti dati in uso al lavoratore per svolgere la propria attività o strumenti di registrazione delle presenze.

È prevista la possibilità di utilizzo degli impianti audiovisivi ed altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza, in presenza di:

- esigenze organizzative e produttive;
- per la sicurezza del lavoro;
- per la tutela del patrimonio aziendale.

Quest'ultima fattispecie – seppur non prevista espressamente nel vecchio testo della norma – era stata affermata dalla giurisprudenza. Il richiamo al patrimonio aziendale è ampio e ricomprende tutti i beni anche quelli immateriali (ad esempio brevetti, programmi software, know how, eccetera).

Il riferimento agli “altri strumenti” va inteso nell’accezione più ampia elaborata dalla giurisprudenza, che ricomprende non solo i dispositivi mediante i quali si effettuano operazioni (ivi compresa la rilevazione dei dati), ma anche i programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi a Internet (Cassazione, 23 febbraio 2010, n. 4375) e qualsiasi altra tecnologia che possa consentire di realizzare un controllo a distanza. In pratica, quando mediante l’applicativo, ad esempio il software, lo strumento si trasforma in un mezzo in grado di rilevare dati per una funzione di controllo dell’attività del lavoratore, la regola da applicarsi sarà quella dettata nel nuovo primo comma, con necessità di rispetto delle prescrizioni che adesso esamineremo.

La prima importante novità, rispetto alla vecchia disciplina, è la modifica dell’interlocutore (sindacale o amministrativo) a cui le aziende di grosse dimensioni devono rivolgersi per trovare un’intesa o ottenere l’autorizzazione ad installare gli impianti e/o utilizzare strumenti che possano consentire i controlli a distanza (per esigenze produttive, per sicurezza, per la tutela del patrimonio). Per le società con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione o in più regioni (come banche e aziende telefoniche), è prevista la possibilità di stipulare un unico accordo con le associazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Le aziende con unità produttive dislocate in ambiti di competenza di più Direzioni territoriali del lavoro, in assenza di accordo sinda-

cale, possono ottenere un’unica autorizzazione dal ministero del Lavoro.

Si tratta di una semplificazione notevole. In precedenza, infatti, l’accordo sindacale o l’autorizzazione della Direzione territoriale dovevano per forza essere ottenuti singolarmente, per ciascuno stabilimento. Con la nuova disciplina si ha la possibilità di stipulare un unico accordo sindacale, ovvero ottenere un’unica autorizzazione amministrativa del ministero, valida per tutte le proprie unità produttive coinvolte.

Per le aziende di piccole dimensioni, invece, esattamente come in precedenza, l’installazione delle apparecchiature richiede un accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, ovvero l’autorizzazione preventiva in via amministrativa della competente Direzione territoriale del lavoro.

La seconda novità riguarda gli strumenti che vengono assegnati ai dipendenti e utilizzati per la prestazione lavorativa, nonché le apparecchiature di registrazione delle presenze (ad esempio tablet, smartphone, navigatore satellitare e badge).

In base alla regolamentazione ora introdotta, le assegnazioni e l’utilizzo di strumenti di lavoro (così come gli apparati di registrazione presenze) non possono più – per definizione – essere considerati come forme di controllo a distanza. Il che esclude che il loro impiego sia – in ogni circostanza – condizionato da un esame preventivo, con necessità di relativo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa (previsti, invece, per gli impianti audiovisivi ed altri strumenti di controllo). Sul punto, la norma pone l’attenzione non tanto sul tipo di strumento, ma alle ragioni del suo impiego, che diviene fondamentale per l’applicazione di una disciplina piuttosto che dell’altra.

8. Possono essere utilizzati a fini disciplinari i dati raccolti?

La regolamentazione ora varata prevede che le informazioni raccolte attraverso la lecita installazione di impianti audiovisivi e di altri strumenti (per cui rimane la necessità di un accordo sindacale o di una autorizzazione) e attraverso l’assegnazione di apparecchi di lavoro necessari per espletare l’attività (per cui non è più prevista alcuna autorizzazione/

accordo) possono essere utilizzate per “tutti i fini connessi al rapporto di lavoro”.

La regolamentazione, quindi, apre la possibilità di impiegare i dati comunque acquisiti per verificare eventuali condotte inadempienti del collaboratore e, conseguentemente, per dar corso a contestazioni disciplinari (utilizzandoli come prova).

Il legittimo impiego dei dati e delle informazioni così ricavati costituisce, dunque, la novità più rilevante della nuova normativa.

Il datore di lavoro, però, ha:

- l’obbligo di fornire al dipendente un’adeguata informazione sulle modalità di impiego degli strumenti e degli impianti e su quelle inerenti lo svolgimento dei controlli;
- l’obbligo di rispettare le disposizioni del Codice della Privacy (e successive modifiche ed integrazioni).

È quindi richiesto che l’azienda interessata elabori una informativa chiara e dettagliata ai dipendenti sulle modalità di utilizzo degli strumenti aziendali e sull’eventuale effettuazione dei controlli, anche su base individuale. L’assenza di un’esplicita *policy*, al riguardo, può determinare una legittima aspettativa del lavoratore, o di terzi, di confidenzialità rispetto ad alcune forme di comunicazione (provvedimento del Garante della Privacy 30 luglio 2015, n. 450).

Grazie all’informativa i dipendenti sono in grado di conoscere in che modo lo strumento deve essere impiegato per la prestazione lavorativa e con quali modalità i dati, ricavati dal suo utilizzo, potranno essere utilizzati per un controllo anche disciplinare. È richiesta anche una nota informativa, separata, sulla privacy. Il trattamento dei dati dovrà tutelare i diritti di riservatezza del dipendente, ispirandosi ai principi generali del Codice della Privacy, tra cui quelli di liceità, necessità, correttezza, pertinenza e non eccedenza.

Una volta fornite le informative previste ai propri dipendenti, i dati raccolti con l’utilizzo delle email, dei telefoni cellulari, dei pc, degli smartphone, potranno servire anche per una verifica della diligenza del dipendente.

A nostra avviso, infine, occorre sempre tenere in

considerazione l’osservanza dei principi elaborati dalla giurisprudenza, circa la necessità che gli accertamenti non avvengano con modalità eccessivamente invasive, rispettando altresì le garanzie di dignità e libertà dei dipendenti.

9. Sono previste sanzioni se queste procedure non vengono rispettate? E che valore hanno i precedenti accordi?

Il mancato rispetto degli obblighi previsti dai primi due commi dell’articolo 4 può integrare un reato penale ex art. 38 dello Statuto dei Lavoratori. Il giudice civile può stabilire l’illegittimità di provvedimenti presi sulla base di un utilizzo abusivo dei dati raccolti, prevedendo anche (se vi è prova del danno) un’indennità risarcitoria. In aggiunta, il responsabile potrebbe anche essere soggetto alle sanzioni specificatamente introdotte dal Codice della Privacy. Infine permane anche l’ipotesi di condotta antisindacale.

Per quanto riguarda gli accordi già in essere, stipulati quando era in vigore la precedente versione dell’articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori, non è agevole individuare una regola generale. C’è chi sostiene che sull’uso degli impianti audiovisivi restano necessarie le intese previste. Questa interpretazione, però, appare restrittiva, considerando che molti accordi (così come molte delle autorizzazioni amministrative), prevedevano (e prevedono ancora oggi) il divieto totale di utilizzo delle informazioni a fini disciplinari, soprattutto sul fronte delle registrazioni video o delle presenze. In questi casi il datore di lavoro potrà valutare se procedere ad avviare una rinegoziazione delle intese, previa – se del caso – disdetta dei vecchi accordi.

Ovviamente per i nuovi strumenti previsti (non coperti da precedenti regolamentazioni pattizie o autorizzazioni), si potrà agire con maggiore autonomia, ferma sempre la necessità di rispetto degli adempimenti informativi introdotti.

La mappa

Le regole sui controlli a distanza in vigore dal 24 settembre

| | |
|--------------------------------------|--|
| Modalità dei controlli | <p>Articolo 4, 1° comma Statuto dei Lavoratori</p> <p>Si possono impiegare impianti audiovisivi ed altri strumenti, da cui derivi la possibilità di un controllo a distanza per</p> <ul style="list-style-type: none"> • esigenze organizzative e produttive • la sicurezza del lavoro • la tutela del patrimonio aziendale. <p>Tuttavia vi è la necessità di accordo sindacale o autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro. In caso di imprese multi-localizzate è sufficiente un unico accordo con le organizzazioni sindacali più rappresentative o l'autorizzazione a livello ministeriale</p> |
| Esenzioni | <p>Gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa (ad esempio smartphone, tablet) e quelli di registrazione degli ingressi e delle presenze (badge) non sono soggetti agli adempimenti previsti al punto precedente</p> |
| I controlli difensivi | <p>Si ritengono fuori dall'ambito di applicazione dell'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori i controlli volti ad accertare eventuali comportamenti illeciti commessi nello svolgimento della prestazione.</p> |
| Violazioni | <p>La violazione dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori comporta l'inutilizzabilità del dato informativo così acquisito e, in presenza dei presupposti di legge, può costituire una condotta antisindacale (articolo 28 dello Statuto dei Lavoratori). Le sanzioni penali previste dall'articolo 38 dello Statuto trovano applicazione in caso di violazione dei soli commi 1° (impianti audiovisivi e simili) e 2° (strumenti di lavoro e registrazione accessi) dell'articolo 4 secondo quanto previsto dall'articolo 171 del Codice della Privacy.</p> |
| Utilizzo delle informazioni raccolte | <p>Le informazioni raccolte sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione di:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) un'adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli; 2) un'adeguata informazione rispetto del Codice Privacy. |