

Il potere di controllo del datore di lavoro e le nuove tecnologie informatiche



Ordine dei Consulenti del Lavoro

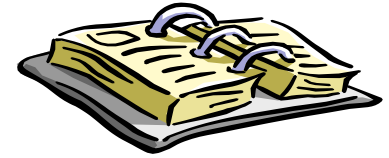
Ordine degli Avvocati

Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili

– Belluno, 20 febbraio 2013 –

prof. avv. Andrea Sitzia

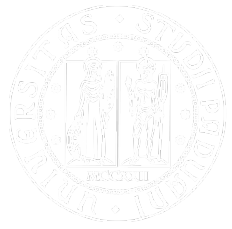
agenda



1. Premessa
2. I riferimenti normativi
3. I controlli tecnologici: aspetti generali
4. I controlli tecnologici: Internet
5. I controlli tecnologici: E-mail
6. I controlli “difensivi”
7. Il lavoro al tempo dei “social network”
8. Videosorveglianza
9. Scenari? L’art. 8 della Manovra 2011

*Ius summum saepe
summa est malitia*

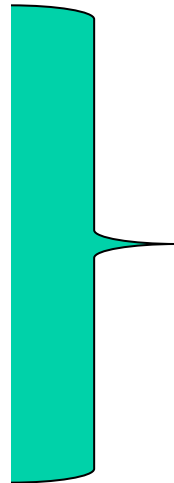
Terenzio, *Heautontimorumenos*, IV, 5



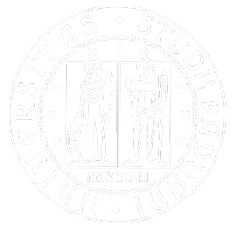
1. Premessa

L'**introduzione** di impianti audiovisivi e di **nuove tecnologie** (generalmente ad alta intensità di informatizzazione e sempre più integrate nelle strumentazioni di lavoro) pone il problema del **bilanciamento** tra l'interesse organizzativo/produttivo dell'impresa con quello dei lavoratori al rispetto della propria dignità (art. 41 Cost.).

Problematica
definizione di tre
aspetti, tra loro
correlati:



- **finalità di utilizzo;**
- **modalità d'uso dei dati trattati;**
- **definizione dei soggetti preposti all'uso dei dati**

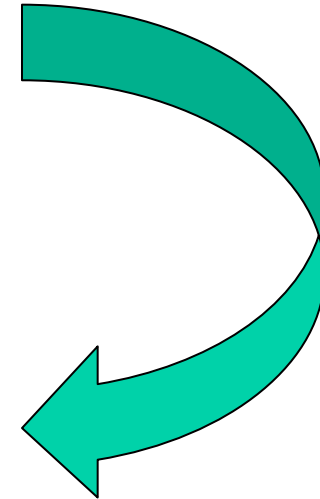


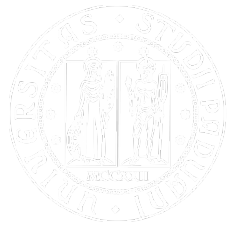
2. I riferimenti normativi

Una mappa dei riferimenti normativi (> v. art. 8, co. 2 bis)

- Artt. 2, 15, 32, 41, co. 2 Cost.
- Artt. 4 e 8 St. lav.
- Codice privacy (D.lgs. 196 del 2003)

- Art. 8 Convenzione EDU
- Art. 7 Carta di Nizza
- Convenzione 108 del 1981
- Direttiva 95/46/CE
- Direttiva 2002/58/CE
- Raccomandazione n. R(89)2 del Consiglio d'Europa



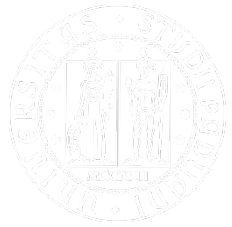


2. I riferimenti normativi

N.B.: il Codice privacy **non** contiene una regolamentazione specifica dei trattamenti concernenti i rapporti di lavoro. Sistema di “**innesti regolativi**” = gli articoli 113 e 114 Codice privacy fanno salvi gli articoli 8 e 4 St. lav.

Idea di fondo del modello europeo: Raccomandazione R(89)2:  introduzione di **meccanismi di controllo collettivo** (si veda in particolare il punto 3).

Recepita in modo “cifrato” nel nostro ordinamento: cfr. art. 12 Codice privacy ad oggi rimasto privo di attuazione per quanto qui interessa.



2. I riferimenti normativi

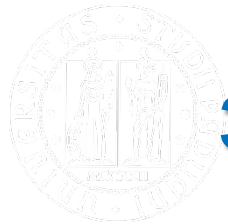
Le regole fondamentali del Codice privacy – imposte dalla direttiva comunitaria di riferimento – tavola sinottica (art. 6 direttiva 95/46/CE)

- finalità: il trattamento dei dati deve rispondere a finalità determinate, esplicite e legittime;
- trasparenza: informazione sui dati, sul perché vengono raccolti e sulle modalità di trattamento;
- legittimità: rispetto dei diritti e delle libertà dell'individuo;
- proporzionalità: corrispondenza tra la finalità e il trattamento;
- accuratezza e conservazione dei dati;
- sicurezza: misure opportune per la conservazione dei dati;
- conoscenza da parte dello staff: professionalità nel trattamento dei dati e dovere di segretezza.

Ad oggi: da **integrare** ex artt. 8 e 4 St. lav.

3. I controlli tecnologici: aspetti generali

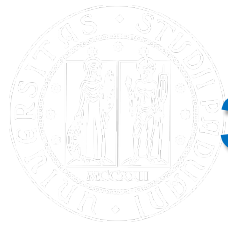




3. I controlli tecnologici: aspetti generali

Il datore di lavoro può vietare l'uso promiscuo delle apparecchiature aziendali di comunicazione **entro limiti di ragionevolezza**.

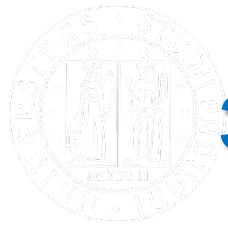
Corte europea dei Diritti dell'Uomo, Case of Copland vs The United Kingdom: anche le telefonate effettuate in ufficio rientrano nella nozione di “vita riservata” e di “corrispondenza” ex art. 8 Convenzione EDU, quindi anche le **e-mail** trasmesse dall'ufficio e le informazioni derivate dal controllo dell'uso personale di **Internet**. La ricorrente non era stata avvertita del controllo: ciò aveva creato in lei una **aspettativa ragionevole** quanto alla segretezza delle chiamate fatte dal telefono di ufficio, così come dell'uso di *e-mail* e di *Internet*.



3. I controlli tecnologici: aspetti generali

Linee Guida Garante Privacy 1° marzo 2007 (delibera n. 13): i datori di lavoro dovrebbero consentire usi moderati della navigazione in rete per finalità private.

Per i casi di **assenza non programmata** (dovuta ad esempio a malattia) o prolungata, qualora per improrogabili necessità inerenti all'attività lavorativa si debba conoscere il contenuto dei messaggi di posta elettronica, l'interessato deve essere messo in grado di delegare un altro lavoratore (il c.d. "**fiduciario**") a verificare il contenuto dei messaggi e inoltrare al titolare del trattamento quelli ritenuti rilevanti per lo svolgimento dell'attività lavorativa.



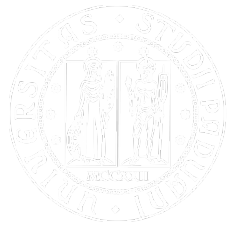
3. I controlli tecnologici: aspetti generali

Art. 4 dello St. Lav. - highlights

- *Divieto **assoluto*** di installazione e uso di apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori (co. 1 art. 4).
- *Divieto **relativo*** di installazione e uso di apparecchiature di controllo che siano *richieste* da esigenze organizzative, produttive o di sicurezza del lavoro, ma dalle quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori: c.d. *controllo preterintenzionale* (co. 2 e 3 art. 4).

Questo divieto non opera in caso di installazione previo accordo con le RSA, o in difetto di accordo previa autorizzazione della DTL.

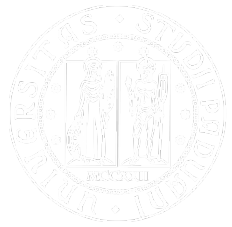
La giurisprudenza in genere interpreta in modo estensivo queste norme, per cui *praticamente* viene ridotto l'ambito della liceità del controllo



4. I controlli tecnologici: INTERNET

Tribunale di Milano 8 giugno 2001

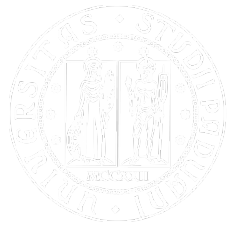
Il comportamento del lavoratore, consistito in un **collegamento quotidiano** alla rete **Internet per più ore al giorno in assenza di effettive necessità lavorative**, costituisce un rilevante inadempimento agli obblighi di diligenza e **integra una giusta causa di licenziamento**; il datore di lavoro può fornire la **prova dei collegamenti contestati**, oltre che mediante testimoni, **anche attraverso** l'allegazione dei **dati** forniti dal **provider** circa gli accessi alla rete provenienti da ogni singola postazione di lavoro.



4. I controlli tecnologici: INTERNET

P. Ichino

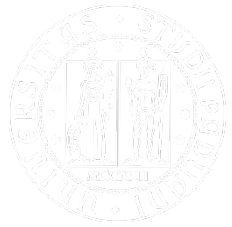
L'organizzazione informatico-telematica del lavoro **sfugge** alla previsione dell'art. 4 St. lav. **non potendo essere sussunta nella nozione di apparecchiatura di controllo**: questa comprende **soltanto** gli impianti non essenziali rispetto all'esecuzione della prestazione, destinati per loro natura al controllo su quanto accade nell'ambiente di lavoro.



4. I controlli tecnologici: INTERNET

Però: Trib. Milano 31 marzo 2004

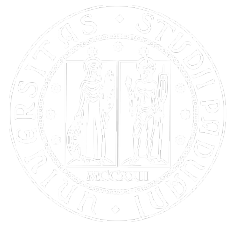
L'utilizzo di *software* in grado di acquisire automaticamente e memorizzare tutte le navigazioni in *Internet* dei dipendenti e quindi in grado di conoscere e verificare chi e in che misura ciascuno dei dipendenti impieghi il tempo di collegamento ad Internet **integra la condotta vietata dall'art. 4 St. lav., co. 2**, con conseguente inutilizzabilità, ai fini disciplinari e processuali, dei dati acquisiti senza il rispetto delle regole che condizionano la legittimità del controllo, per quanto indiretto, esercitato sull'attività di lavoro dei propri addetti.



4. I controlli tecnologici: INTERNET

Garante Privacy, Provvedimento del 2 febbraio 2006

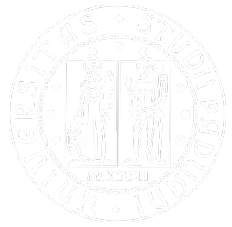
Il datore di lavoro **non può** monitorare i singoli siti *web* visitati dal dipendente perché ciò potrebbe comportare un indebito trattamento di **dati sensibili**



4. I controlli tecnologici: INTERNET

DUNQUE

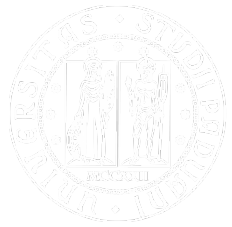
Prudenza: rispettare il **Codice Privacy** e attenersi alla procedura **ex art. 4 St. lav.**



5. I controlli tecnologici: E-MAIL

Cassazione penale, 19 dicembre 2007, n. 47096

Si può **escludere** che la condotta datoriale di controllo della posta elettronica del lavoratore all'insaputa del medesimo integri gli **estremi del reato** di violazione della corrispondenza di cui all'art. **616 c.p. perché** il lavoratore non è titolare di un **diritto all'utilizzo esclusivo** della posta elettronica aziendale che non è corrispondenza **"CHIUSA"** come tale accessibile soltanto al dipendente.



5. I controlli tecnologici: E-MAIL

**Però: Corte App. Milano 30 settembre 2005,
confermata da Cass. 23 febbraio 2010 n. 4375**

I **programmi informatici** che consentono il **monitoraggio della posta elettronica** [...] sono necessariamente **apparecchiature di controllo** [...] **a distanza** [...]. **Tutto ciò ... è necessario e sufficiente per legittimare l'applicazione del comma 2 dell'art. 4 St. lav..**

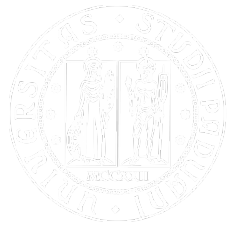
ESIGENZA DI CONTEMPERAMENTO



6. I controlli “difensivi”

Strategia difensiva delle aziende:

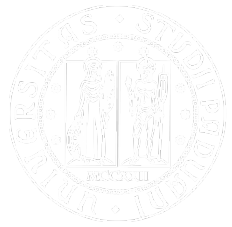
Il controllo **non** avviene per controllare l'esatto adempimento della prestazione lavorativa e/o quanto tempo il lavoratore dedica allo svolgimento delle proprie mansioni contrattuali e quanto invece ai propri interessi personali **MA** al ben diverso **fine di proteggere il patrimonio aziendale ed in particolare il sistema informatico** da aggressioni esterne (es. virus).



6. I controlli “difensivi”

Cass. 3 aprile 2002, n. 4746:

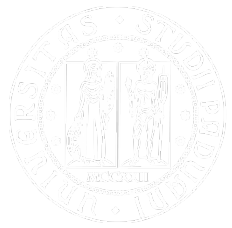
Ai fini dell’operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori ex art. 4 St. lav., è necessario che il controllo riguardi (direttamente o indirettamente) l’attività lavorativa, mentre devono ritenersi **certamente fuori dall’ambito di applicazione della norma** i controlli diretti ad accertare **condotte illecite del lavoratore** (c.d. controlli difensivi), quali ad esempio, i sistemi di controllo dell’accesso ad aree riservate o, appunto, gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate.



6. I controlli “difensivi”

Parabola giurisprudenziale discendente:

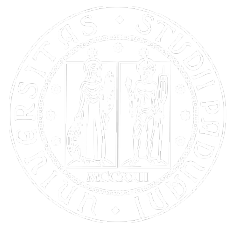
Cass. 17 luglio 2007, n. 15982: il riferimento all’attività lavorativa, oggetto della fattispecie astratta, non riguarda solo le modalità del suo svolgimento, **ma anche il *quantum della prestazione***, il controllo sull’orario di lavoro, risolvendosi in un accertamento circa la quantità di lavoro svolto.



6. I controlli “difensivi”

Parabola giurisprudenziale discendente:

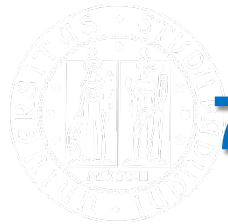
Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375 e Cass. 1° ottobre 2012, n. 16622: le garanzie procedurali ex art. 4 St. lav. trovano applicazione **anche ai controlli c.d. difensivi**, ovvero a quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela dei beni estranei al rapporto stesso.



6. I controlli “difensivi”

Con una importante precisazione (spiragli): controlli ex post

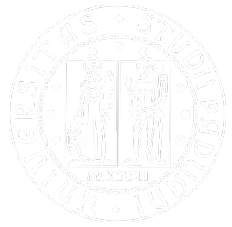
Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722: il controllo c.d. difensivo, non riguarda l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro, **ma è destinato ad accertare un comportamento che pone in pericolo la stessa immagine datoriale presso i terzi, ricompresa nel patrimonio aziendale.**



7. Il lavoro al tempo dei “social network”

Il caso:

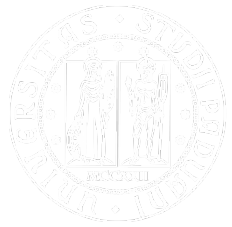
Inizio 2011: la Cassa nazionale di previdenza e assistenza dei Dottori commercialisti **licenzia** un proprio dipendente cui era stato contestato il **reiterato accesso a Facebook** e il **contenuto ingiurioso e diffamatorio** nei confronti dei superiori gerarchici di alcuni **messaggi postati sulla “bacheca personale”** del dipendente, **liberamente consultabile** da tutti gli iscritti a *Facebook*.



8. Videosorveglianza

Cass. pen. 1° giugno 2010, n. 20722:

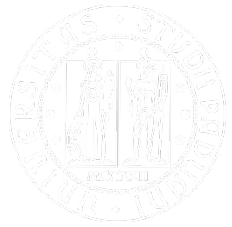
Gli artt. 4 e 38 St. lav. implicano l'accordo sindacale a fini di riservatezza dei lavoratori nello svolgimento dell'attività lavorativa, ma non implicano il divieto dei c.d. controlli difensivi del patrimonio aziendale da azioni delittuose da chiunque provenienti. La finalità di controllo **a difesa del patrimonio aziendale** non è da ritenersi sacrificata dalle norme dello Statuto dei lavoratori.



8. Videosorveglianza

Cass. 28 gennaio 2011, n. 2117:

In tema di controllo a distanza dei lavoratori, il divieto previsto dall'art. 4 St. lav. di installazione di impianti audiovisivi o altre apparecchiature [...], riferendosi alle sole installazioni poste in essere dal datore di lavoro, non preclude a questo, al fine di dimostrare l'illecito posto in essere dai propri dipendenti, di utilizzare le risultanze di registrazioni video operate fuori dall'azienda da un soggetto terzo, del tutto estraneo all'impresa e ai lavoratori dipendenti della stessa, per esclusive finalità "difensive" del proprio ufficio e della documentazione in esso custodita, con la conseguenza che tali risultanze sono legittimamente utilizzabili nel processo dal datore di lavoro.

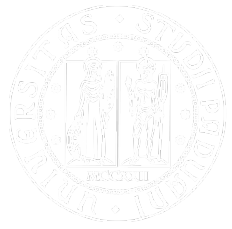


8. Videosorveglianza

Nota Min. Lav. 16 aprile 2012:

L'eventuale ripresa dei dipendenti, **una volta autorizzata**, può avvenire soltanto in via incidentale e occasionale, **senza possibilità** per il datore di lavoro di utilizzare le immagini acquisite legittimamente a fini disciplinari.



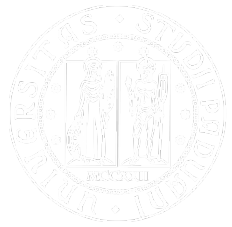


9. Scenari? L'art. 8 della Manovra 2011

Specifiche intese:

Delimitazione oggetto: materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento agli **impianti audiovisivi** e alla **introduzione di nuove tecnologie**.

Funzionalizzazione: devono essere finalizzate alla maggiore occupazione, alla **qualità dei contratti di lavoro**, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli **incrementi di competitività e di salario**, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli **investimenti** e all'avvio di nuove attività.



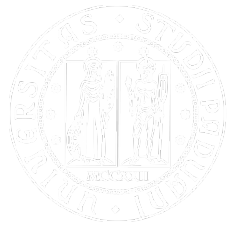
9. Scenari? L'art. 8 della Manovra 2011

Quali limiti per le specifiche intese?

Costituzione e vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro

Problema: l'art. 4 St. lav. è vincolato/protetto dalla Costituzione, dalla normativa comunitaria o da convenzioni internazionali sul lavoro?

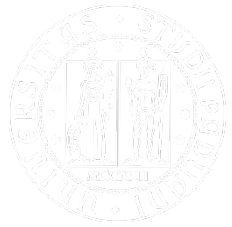
N.B. Case of Copland vs. The United Kingdom (application no. 62617/00) - sentenza della Corte EDU del 3.4.2007: «*the monitoring of an employee's use of a telephone, e-mail or internet at the place of work may be considered "necessary in a democratic society" in certain situations in pursuit of a legitimate aim*» (punto 48 della motivazione).



9. Scenari? L'art. 8 della Manovra 2011

Quale utilità per la contrattazione decentrata in materia?

- **Maggiore flessibilità** rispetto all'art. 4 St. lav. quanto a individuazione del soggetto sindacale abilitato (la giurisprudenza ha escluso gli organi di coordinamento delle RSA o RSU di varie unità produttive - Cass. 16 settembre 1997 n. 9211; è stata affermata la necessità di consenso di tutte le RSA presenti nell'unità produttiva, non essendo stato ritenuto sufficiente il consenso della maggioranza delle RSA o di quelle che rappresentano la maggioranza dei dipendenti - come invece ritenuto da parere ministeriale 5 dicembre 2005);
- **Effettuazione ex ante bilanciamento interessi** (interesse impresa, *privacy* lavoratori, sicurezza: cfr. Cass. 30 giugno 2009, n. 15327);



9. Scenari? L'art. 8 della Manovra 2011

(segue)

- **Armonizzazione** della gestione dei c.d. controlli difensivi nel rispetto di Cass. 23.2.2010 n. 4375;
- **Regolazione** del controllo in remoto delle prestazioni individuali di produttività;
- **Armonizzazione** della disciplina relativa agli impianti audiovisivi/nuove tecnologie in modo più aderente alle effettive esigenze dell'organizzazione produttiva;
- **Regolazione** delle condizioni di utilizzo del *badge* e/o dei sistemi di rilevazione dei dati biometrici.

Resta il **problema** della possibilità per le aziende che restano fuori dall'art. 35 St. lav. e/o comunque non sindacalizzate, di avvalersi delle “specifiche intese” con efficacia *erga omnes* (interpretazione del comma 1).



ANDREA SITZIA

35131 PADOVA – Via Tommaseo, 69/D – Tel. 049 776794 – Fax 049 8085667

30171 VENEZIA-MESTRE – Via Adamello, 17 – Tel./Fax 041 928374

andrea.sitzia@tin.it