

**Ordine dei Consulenti del lavoro – Consiglio
Provinciale di Napoli
XV Master in Diritto del lavoro**

III modulo – 6 novembre 2018

*L'organizzazione dell'impresa smart.
Il controllo a distanza tra liberalizzazioni e il
nuovo Codice Privacy*

Avv. Raffaele Riccardi

L'art. 4 Stat. lav. successivamente alla riforma di cui all'art. 23, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, al primo comma, non contiene più l'esplicito divieto per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori poiché è dedicato alle regole d'installazione degli strumenti di controllo, definite dai primi interpreti, "preterintenzionale":

"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".

L'art. 4 ante riforma presentava, viceversa, un esplicito e perentorio divieto di utilizzo di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività del lavoratore.<sup>[L]
[SEP]</sup>

"E' 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..."

Il testo prosegue con la previsione alternativa, per le aziende con unità produttive in diverse provincie o in diverse regioni, della stipulazione dell'accordo con le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

"In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse provincie della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

Come nella vecchia previsione, in mancanza di accordo, il datore di lavoro può chiedere l'autorizzazione alla sede territoriale dell'Ispettorato del lavoro.

"In mancanza di accordo, gli impianti e gli strumenti di cui al primo periodo possono essere installati previa autorizzazione della sede territoriale dell'Ispettorato nazionale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più sedi territoriali, della sede centrale dell'Ispettorato nazionale del lavoro. I provvedimenti di cui al terzo periodo sono definitivi."

Il secondo comma prevede l'esclusione della disciplina suddetta agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

"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."

Si possono individuare tra gli impianti e gli strumenti che il datore di lavoro utilizza per gestire l'impresa:

- telecamere e webcam installate all'interno degli edifici lavorativi e loro eventuali pertinenze (ad esempio aree di parcheggio, garage) per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale che siano in condizione di riprendere l'attività dei lavoratori;
- sistemi di geolocalizzazione (navigazione satellitare e

- centralino telefonico elettronico; [L] [SEP]
- tessere elettroniche (o strumenti assimilabili) RFID;
- software per controlli informatici.

Sono strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa:

- personal computer fissi e portatili;
- tablet;
- registratori di cassa elettronici;
- telefoni cellulari semplici;
- telefoni cellulari smartphone;
- radio ricetrasmittenti;
- abbigliamento tecnologico (indumenti di lavoro corredati da sistemi di comunicazione radiotelefonici e GPS);

- viacard;^[L]_[SEP]
- telepass;
- carte di credito;
- Veicoli dotati di sistemi di geolocalizzazione (navigazione satellitare e sistemi di antifurto satellitare).

L'impatto innovativo della riforma del 2015 si trova nel terzo comma dell'articolo in esame nella parte in cui si stabilisce che le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro.

"Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro...".

La nuova disciplina pone soltanto un limite di carattere formale alla piena utilizzabilità delle informazioni, cioè la condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

"...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".

.

Il percorso giurisprudenziale sul punto è stato piuttosto tortuoso fino al 2002 allorquando la Suprema Corte di Cassazione ha affermato la totale esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 4 delle forme di controllo dirette ad accertare condotte illecite del lavoratore (Cass. Civ. sez. lav., 3 aprile 2002, n. 4746).

.

Con sentenza n. 16622 del 1 ottobre 2012, la Suprema Corte di Cassazione ha definitivamente riportato i controlli difensivi nell'ambito delle garanzie dell'art. 4, comma secondo (precedente disciplina), affinché questi ultimi, così come le altre fattispecie di controllo ivi previste, non si traducano in forme surrettizie di controllo a distanza dell'attività lavorativa.

La sentenza della Cassazione del 27 maggio 2015, n. 10955 ha riguardato il caso della creazione da parte del datore di lavoro di un falso profilo su Facebook con lo scopo di contattare il dipendente al fine di riscontrare l'utilizzo del computer durante l'orario di lavoro per interessi personali.

La Corte ha ritenuto che "la creazione da parte del datore di lavoro di un falso profilo "facebook" attraverso il quale "chattare" con il lavoratore al fine di verificare l'uso da parte dello stesso del telefono cellulare durante l'orario di lavoro, esula dal campo di applicazione dell'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, 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. (Nella specie il lavoratore era già stato in precedenza sorpreso al telefono, lontano dalla pressa cui era addetto, che, rimasta incustodita per oltre dieci minuti, si era bloccata)".

L'altra sentenza è quella del 8 novembre 2016, n. 22662, concernente un caso di riprese video di una dipendente, mentre sottraeva una busta contenente denaro dalla cassaforte aziendale.

"In tema di controllo del lavoratore, non è soggetta alla disciplina dell'art. 4, comma 2, st. lav., l'installazione di impianti ed apparecchiature di controllo poste a tutela del patrimonio aziendale dalle quali non derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività lavorativa, né risulti in alcun modo compromessa la dignità e riservatezza dei lavoratori. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di appello, che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento di una lavoratrice la cui condotta era stata accertata dal filmato di una telecamera posta a presidio della cassaforte aziendale)".

La Suprema Corte (19 settembre 2016, n. 18302) ha affermato che *"sono illegittime la conservazione e la categorizzazione dei dati personali dei dipendenti, relativi alla navigazione in internet, all'utilizzo della posta elettronica ed alle utenze telefoniche da essi chiamate, acquisiti dal datore di lavoro ... attraverso impianti e sistemi di controllo la cui installazione sia avvenuta senza il positivo esperimento delle procedure di cui all'art. 4, comma 2, della l. n. 300 del 1970 (nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 151 del 2015), applicabili anche ai controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori quando comportino la possibilità di verifica a distanza dell'attività di questi ultimi, ed in assenza dell'acquisizione del consenso individuale e del rilascio delle informative previste dal d.lgs. n. 196 del 2003"*.

Già con la sentenza n. 4375 del 23 febbraio 2010, la Cassazione aveva affermato che *“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”*.

La Corte di Cassazione ha affermato la legittimità di tale tipologia di accertamento già dal 1992 con la sentenza n. 829 (25 gennaio) nella quale si legge: “...sono pertanto legittimi, in quanto estranei alle previsioni delle suddette norme, i controlli posti in essere da dipendenti di un'agenzia investigativa i quali, operando come normali clienti e non esercitando potere alcuno di vigilanza e di controllo, verifichino l'eventuale appropriazione di denaro (ammanchi di cassa) da parte del personale addetto, limitandosi a presentare alla cassa la merce acquistata, a pagare il relativo prezzo e a constatare la registrazione della somma incassata da parte del cassiere”.

Quest'ultimo, che prestava servizio al bancone di un bar all'interno delle navi traghetto era stato licenziato poiché non emetteva sempre gli scontrini appropriandosi di parte dell'incasso. L'indagine era stata svolta da un'agenzia investigativa attraverso le riprese video.

La Cassazione ha ritenuto che *"la modalità e gli strumenti di controllo autorizzati dalla Società datrice, ovvero il ricorso da parte dell'agenzia investigativa all'uso di una telecamera mirato a monitorare costantemente il comportamento in servizio dei lavoratori di volta in volta addetti alla vendita, in luogo di un controllo a campione realizzato attraverso la simulazione di un acquisto da parte del personale ispettivo che si presenti alla cassa in veste di cliente, verificando direttamente se al mancato rilascio dello scontrino a fronte della vendita del prodotto corrisponda effettivamente il trattenimento del relativo prezzo incassato"* sia finalizzato *"al controllo alla verifica dell'attività lavorativa, piuttosto che alla salvaguardia del patrimonio aziendale"* da cui se ne deve escludere *"l'utilizzabilità a fini probatori degli elementi illegittimamente acquisiti"*. (Cass. civ. sez. lav., 24 maggio 2017, n. 13019 rel. De Marinis).

Di particolare interesse è la pronuncia della Cassazione civ., Sez. Lav., 13 settembre 2016, n. 17968.

Alla dipendente era stato contestato di avere utilizzato, nel primo trimestre del 2012, complessivamente n. 38 ore e 30 minuti di permesso ai sensi della L. n. 104 del 1992, articolo 33, fruiti per finalità diverse dall'assistenza alla madre disabile, e specificamente per recarsi a frequentare le lezioni universitarie di un corso di laurea.

Nella fattispecie era emerso:

a) che la fruizione dei permessi, comportando un disagio per il datore di lavoro, e' giustificabile solo a fronte di un'effettiva attivita' di assistenza e l'uso improprio del permesso costituisce grave violazione intenzionale degli obblighi gravanti sul dipendente;

b) che la tutela offerta dalla L. n. 104 del 1992, non ha funzione di ristoro compensativo delle energie spese per l'accudimento del disabile;

c) che i fatti erano risultati dimostrati alla stregua delle risultanze delle indagini di P.G., in relazione all'attività di osservazione e pedinamento compiuta nelle giornate di fruizione dei permessi;

d) che non poteva trovare accoglimento la tesi della lavoratrice secondo cui l'attività assistenziale veniva svolta di sera, al rientro da (OMISSIS) in quanto l'attività di assistenza deve essere necessariamente svolta in coincidenza temporale con i permessi accordati e comunque la ricorrente non aveva né dedotto né richiesto di provare nel ricorso di avere comunque prestato assistenza nelle giornate in cui fruiva dei permessi accordati ai sensi della l. 104/1992.

Si legge nella sentenza:

"Alla luce dell'orientamento di questa Corte, che si condivide ed al quale si intende dare continuità (Cass. n. 4984/2014, conf. Cass. n. 9217/2016, n. 9749/2016 e n. 8784/2015), il comportamento del prestatore di lavoro subordinato che, in relazione al permesso L. n. 104 del 1992, ex articolo 33, si avvalga dello stesso non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività integra l'ipotesi dell'abuso di diritto, giacché' tale condotta si palesa, nei confronti del datore di lavoro come lesiva della buona fede, privandolo ingiustamente della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente ed integra, nei confronti dell'Ente di previdenza erogatore del trattamento economico, un'indebita percezione dell'indennità ed uno sviamento dell'intervento assistenziale."

Il nuovo testo dell'art. 4 Stat. lav. nulla ha modificato circa il sistema sanzionatorio previsto dall'art. 38, legge n. 300/1970 che prevede che salvo che il fatto non costituisca più grave reato, l'ammenda da 154 euro a 1.549 euro o arresto da 15 giorni a 1 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.

Sempre nei casi più gravi è prevista la pubblicazione della sentenza di condanna.

Gli artt. 171 e 172 del Codice della Privacy rinviano il regime sanzionatorio all'art. 38 Stat. Lav.

Linee guida del Garante per posta elettronica e internet pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 58 del 10 marzo 2007

Il datore di lavoro deve adottare un disciplinare interno redatto in modo chiaro e senza formule generiche, da pubblicizzare adeguatamente.

Va specificato, a titolo esemplificativo:

- quali sono i comportamenti non tollerati rispetto alla "navigazione" in Internet (ad es., il download di software o di file musicali), oppure alla tenuta di file nella rete interna;
- in quale misura è consentito utilizzare anche per ragioni personali servizi di posta elettronica o di rete

- quali informazioni sono memorizzate temporaneamente e chi vi può accedere legittimamente;
- se e quali informazioni sono eventualmente conservate per un periodo più lungo, in forma centralizzata o meno
 - se, e in quale misura, il datore di lavoro si riserva di effettuare controlli in conformità alla legge, anche saltuari o occasionali, indicando le ragioni legittime per cui verrebbero effettuati e le relative modalità
 - quali conseguenze, anche di tipo disciplinare, il datore di lavoro si riserva di trarre qualora constati che la posta elettronica e la rete Internet sono utilizzate indebitamente.

Provvedimento in materia di videosorveglianza - 8 aprile 2010 (4.1. Rapporti di lavoro)

"Nelle attività di sorveglianza occorre rispettare il divieto di controllo a distanza dell'attività lavorativa, pertanto è vietata l'installazione di apparecchiature specificatamente preordinate alla predetta finalità: non devono quindi essere effettuate riprese al fine di verificare l'osservanza dei doveri di diligenza stabiliti per il rispetto dell'orario di lavoro e la correttezza nell'esecuzione della prestazione lavorativa (ad es. orientando la telecamera sul badge).

Vanno poi osservate le garanzie previste in materia di lavoro quando la videosorveglianza è resa necessaria da esigenze organizzative o produttive, ovvero è richiesta per la sicurezza del lavoro" ai sensi dell'art. 4 Stat. lav.