

Il Decreto Semplificazioni: la novella dell'art. 4 SL e la geolocalizzazione dei lavoratori dipendenti attraverso gli smartphone.

di Antonio Bernucci
Consulente del Lavoro in Forlì



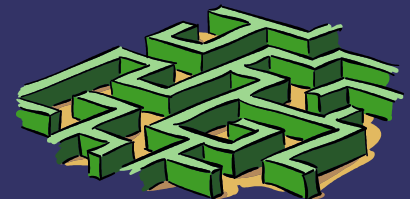
Indice degli argomenti

1. Evoluzione normativa dei controlli a distanza (1);
2. Impianto normativo previgente (2);
3. Criticità testo previgente (16);
4. Codice della Privacy (3);
5. Novella art. 4 SL (4);
6. Criticità novella art. 4 SL (11);
7. Geolocalizzazione dei lavoratori tramite gli smartphone (13).



Evoluzione normativa dei controlli a distanza

- ✓ Art. 4, Legge n. 300/1970 (Statuto dei lavoratori – Titolo I “Della libertà e dignità del lavoratore”);
- ✓ D.Lgs. 196/2003 (Codice della privacy);
- ✓ Art. 1, co. 7, lett. f), Legge n. 183/2014 (Legge delega sul Jobs Act);
- ✓ Art. 23, D.Lgs. 151/2015 (Decreto Semplificazioni);
- ✓ Novella Art. 4, Legge n. 300/1970.



Art. 4, Legge n. 300/1970 (testo previgente)

Impianti audiovisivi.

1. E' **vietato** l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalita' di controllo a distanza dell'attivita' dei lavoratori.
2. 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 possibilita' di controllo a distanza dell'attivita' 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 modalita' per l'uso di tali impianti.

Art. 4, Legge n. 300/1970 (testo previgente)

3. Per gli impianti e le apparecchiature esistenti, che rispondano alle caratteristiche di cui al secondo comma del presente articolo, in mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali aziendali o con la commissione interna, l'Ispettorato del lavoro provvede entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge, dettando all'occorrenza le prescrizioni per l'adeguamento e le modalità di uso degli impianti suddetti.
4. Contro i provvedimenti dell'Ispettorato del lavoro, di cui ai precedenti secondo e terzo comma, il datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza di queste, la commissione interna, oppure i sindacati dei lavoratori di cui al successivo art. 19 **possono ricorrere, entro 30 giorni** dalla comunicazione del provvedimento, al Ministro per il lavoro e la previdenza sociale.

Criticità testo previgente

- ✓ Il **divieto assoluto** di controlli a distanza sull'attività lavorativa sancito al comma 1 rendeva di fatto impossibile **l'utilizzabilità dei dati raccolti**, al fine di rilevare, provare e sanzionare disciplinarmente gli illeciti commessi dai lavoratori in merito alla corretta esecuzione della prestazione lavorativa;
- ✓ Il procedimento autorizzativo disciplinato al comma 2 non prevedeva tra le ragioni giustificatrici i cd. **controlli difensivi**, volti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori sia nei confronti di beni estranei al rapporto lavorativo, sia – ma esclusivamente in via incidentale e mediata - in merito all'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal sinallagma.

Criticità testo previgente

- ✓ Il procedimento autorizzativo prevedeva la stipula di distinti accordi sindacali **per ogni unità produttiva**, restando preclusa la possibilità di siglare un accordo nazionale unico per le distinte realtà (ad es. per i distinti punti vendita di un'impresa di grandi dimensioni);
- ✓ Il comma 4 prevedeva la possibilità del **ricorso gerarchico-amministrativo** contro i provvedimenti dell'Ispettorato del Lavoro, da proporre al Ministro del Lavoro entro 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento;
- ✓ L'art. 38 SL prevedeva sanzioni penali (ammenda o arresto oppure entrambi nei casi più gravi) per le violazioni dell'art. 4 SL;
- ✓ **Mancato adeguamento all'evoluzione tecnologica** ed agli strumenti lavorativi dell'economia di internet (pc, tablet, smartphone, ecc.).

Divieto assoluto di controlli a distanza

Secondo la prassi amministrativa e la giurisprudenza il divieto assoluto di controlli a distanza rendeva comunque **inutilizzabili i dati raccolti**, al fine di rilevare, provare e sanzionare disciplinarmente gli illeciti commessi dai lavoratori in merito alla corretta esecuzione della prestazione lavorativa.

✓ Ministero Lavoro – Nota 16 aprile 2012 n. 7162 “Procedure per il rilascio delle autorizzazioni”:

*“6) le immagini registrate non potranno **in nessun caso** essere utilizzate per eventuali accertamenti sull'obbligo di diligenza da parte dei lavoratori né per l'adozione di provvedimenti disciplinari.”*

✓ Garante della Privacy – Provvedimento n. 401 dell'11 settembre 2014:

*“Ciò posto nessun utilizzo dei dati potrà avvenire per finalità diverse da quelle dichiarate, **come ad esempio per scopi disciplinari.**”*

Divieto assoluto di controlli a distanza

✓ Cass. Sez. Lavoro - Sent. del 01 ottobre 2012, n. 16622:

*“Se per l’esigenza di **evitare attività illecite** o **per motivi organizzativi o produttivi**, possono essere installati impianti ed apparecchiature di controllo che rilevino dati relativi anche alla attività lavorativa dei lavoratori, la previsione che siano osservate le garanzie procedurali di cui all’art. 4, secondo comma, non consente che attraverso tali strumenti, sia pure adottati in esito alla concertazione con le r.s.a., si possa porre in essere, anche se quale conseguenza mediata, un controllo a distanza dei lavoratori che, giova ribadirlo, è **vietato dall’art. 4, comma 1, cit.***

*(...) **i relativi dati non possono essere utilizzati per provare l’inadempimento contrattuale del lavoratore medesimo.**”*

Controlli difensivi

Il procedimento autorizzativo disciplinato al comma 2 non prevedeva – nel testo originario - tra le ragioni giustificatrici i cd. **controlli difensivi**, volti a tutelare il patrimonio aziendale (inteso come beni materiali e immateriali, quali le banche dati, i prototipi di nuovi prodotti, ecc.), messo a rischio da possibili comportamenti illeciti (e penalmente rilevanti) dei lavoratori.

L'evoluzione giurisprudenziale in materia ha seguito un percorso volto a distinguere i diversi controlli difensivi, superando l'originaria interpretazione che tendeva ad escluderli comunque dal dettato dell'art. 4 SL, e quindi a non assoggettarli mai al procedimento autorizzativo.

Evoluzione giurisprudenziale

- ✓ Cass. - Sent. del 3 aprile 2002, n. 4746, che riteneva i controlli difensivi legittimi in ogni caso, a prescindere dal loro grado di invasività, in quanto estranei al dettato dell'art. 4 SL, e quindi anche in assenza della procedura codeterminativa (licenziamento di un dipendente che aveva effettuato conversazioni private con il telefono aziendale);
- ✓ Cass. - Sent. del 23 febbraio 2010, n. 4375, secondo cui anche il controllo difensivo richiede il vaglio della procedura contrattuale con le organizzazioni sindacali, essendo *"un controllo c.d. preterintenzionale che rientra nella previsione del divieto flessibile di cui all'art. 4, comma secondo"*;
- ✓ Cass. Pen. - Sent. del 4 giugno 2013, n. 30177, secondo cui le videoregistrazioni effettuate direttamente dal datore di lavoro (anche senza procedimento autorizzativo, nda) sono utilizzabili ai fini della prova di reati, purchè il datore stesso agisca non per controllo della prestazione lavorativa ma per determinati casi di tutela dell'azienda rispetto a specifici illeciti.

Evoluzione giurisprudenziale

✓ Cass. Sez. Lavoro - Sent. del 01 ottobre 2012, n. 16622:

*„In tema di controllo del lavoratore, le garanzie procedurali imposte dall'art. 4, secondo comma, della legge n. 300 del 1970 (...) per l'installazione di impianti ed apparecchiature di controllo 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, trovano applicazione **anche ai controlli c.d. difensivi**, ovvero sia 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 (solo ed esclusivamente, nda) la tutela dei beni estranei al rapporto stesso.”.*

Evoluzione giurisprudenziale

Alla luce del quadro giurisprudenziale rappresentato, si evidenziava la pregressa situazione:

- ✓ Controllo del datore di lavoro avente **unicamente** ad oggetto l'attività lavorativa, vietato ex comma 1, art. 4 cit.;
- ✓ Controllo difensivo a tutela del patrimonio aziendale, e contestuale controllo dell'attività lavorativa **in via incidentale e mediata**, consentito a seguito della procedura codeterminativa ex comma 2, art. 4 cit.;
- ✓ Controllo difensivo ad **esclusiva tutela del patrimonio aziendale**, in grado di rilevare esclusivamente illeciti penalmente rilevanti commessi dai lavoratori, consentito senza procedura autorizzativa in quanto estraneo al campo di applicazione dell'art. 4 cit. (sistemi di vigilanza dell'accesso ad aree riservate o apparecchi per la rilevazione di telefonate ingiustificate).

Procedimento autorizzativo previgente

- ✓ Il procedimento autorizzativo previgente prevedeva la stipula di distinti accordi sindacali **per ogni unità produttiva**;
- ✓ Secondo le Faq del Ministero del Lavoro l'autorizzazione amministrativa andava riferita ad ogni singola sede aziendale presso la quale il sistema di controllo andava installato, col conseguente onere di presentare un'istanza per ogni sede aziendale interessata;
- ✓ La Direzione Generale, al fine di uniformare l'azione degli uffici territoriali e considerare le caratteristiche standard degli impianti di videosorveglianza installati dalla stessa azienda nelle diverse sedi, aveva cura di impartire direttive di natura tecnica alle DTL interessate al rilascio dei provvedimenti;
- ✓ Le aziende comunque prive di Rsa/Rsu (perché sottodimensionate fino a 15 dipendenti oppure sprovviste di rappresentanze sindacali), oppure in difetto di accordo, dovevano munirsi di apposita autorizzazione della DTL;

Procedimento autorizzativo previgente

- ✓ Ai fini dell'accordo sindacale era sufficiente la sottoscrizione da parte delle Rsa che esprimessero la maggioranza del personale dipendente;
- ✓ Secondo Cassazione Penale 11 giugno 2012 n. 22611, l'installazione è consentita anche in caso di consenso unanime di tutti i dipendenti;
- ✓ Sono soggetti alla normativa in questione anche i luoghi esterni, dove si svolge attività lavorativa in modo occasionale (ad es. zone di carico/scarico);
- ✓ La DTL ha 60 giorni di tempo per rilasciare l'autorizzazione (DPCM 22 dicembre 2010 n. 275);
- ✓ È prevista una procedura amministrativa semplificata per l'utilizzo di apparecchiature di controllo nei piccoli esercizi commerciali (Ministero Lavoro – Nota 16 aprile 2012 n. 7162).

Procedimento autorizzativo e normativa sulla privacy

Secondo il **Provvedimento del Garante della Privacy in materia di videosorveglianza - 8 aprile 2010**, prima di installare l'impianto di videosorveglianza, il datore di lavoro doveva:

- ✓ Informare i lavoratori della presenza di telecamere con appositi cartelli;
- ✓ Nominare un incaricato della gestione dei dati videoripresi;
- ✓ Posizionare le telecamere verso le zone a rischio di illeciti, evitando di collocarle in maniera unidirezionale sui lavoratori impegnati nella loro attività;
- ✓ Conservare le immagini raccolte solo per un massimo di 24 ore dalla rilevazione (salvo speciali esigenze);
- ✓ Essere consapevole che un'eventuale implementazione degli strumenti di controllo era soggetta ad una nuova autorizzazione o ad un nuovo accordo collettivo.

Evoluzione tecnologica ed economia di internet

Il Ministero del Lavoro, nell'**interpello 28 novembre 2006** ha stabilito che *„l'utilizzazione di un computer palmare in dotazione agli Informatori Scientifici del Farmaco (...) munito di apposito programma volto a registrare e, successivamente, inviare, via internet, al server aziendale, l'avvenuta effettuazione delle varie visite presso le strutture sanitarie, memorizzandone data ed ora (...), pur non installato per finalità di controllo a distanza sull'attività dei singoli lavoratori, risulta potenzialmente utilizzabile in tal senso, in quanto consente di conoscere nel tempo l'attività di ogni lavoratore, nonché di ricostruirne gli spostamenti effettuati sul territorio. (...)*

Ai sensi dell'art. 4, comma 2, della L. n. 300/1970, l'effettiva installazione ed utilizzazione del sistema informatico suddetto richiede, dunque, la preventiva sottoscrizione di un accordo con le organizzazioni sindacali o, in mancanza, il provvedimento autorizzativo della DPL competente.

Sistemi di geolocalizzazione dei veicoli

Il Garante della Privacy, nel **Provvedimento n. 370 del 4 ottobre 2011**, in merito ai Sistemi di localizzazione dei veicoli nell'ambito del rapporto di lavoro, ha ammesso tali strumenti di geolocalizzazione, senza che sia necessario acquisire il consenso dell'interessato, a condizione che sia data attuazione alla previsione di cui all'art. 4, comma 2, l. n. 300/1970, e nel rispetto delle seguenti prescrizioni:

- ✓ quale misura necessaria, nel rispetto del principio di necessità, che la posizione del veicolo non sia di regola monitorata **continuativamente**;
- ✓ quale misura necessaria, in base al principio di pertinenza e non eccedenza, che i **tempi di conservazione** delle diverse tipologie di dati personali eventualmente trattati siano commisurati, tenendo conto di ciascuna delle finalità perseguite;
- ✓ quale misura opportuna, un modello semplificato di informativa al fine di rendere noto agli interessati il trattamento effettuato mediante il sistema di localizzazione del veicolo.

Sistemi di geolocalizzazione sugli smartphone

Il Garante della Privacy, nel **Provvedimento n. 401 dell'11 settembre 2014** e nel successivo **n. 448 del 09 ottobre 2014**, in merito ai Sistemi di geolocalizzazione dei dispositivi smartphone, ha ammesso tali strumenti di localizzazione forniti in dotazione ai dipendenti, a condizione che sia data attuazione alla previsione di cui all'art. 4, comma 2, l. n. 300/1970 (provvedimento autorizzativo previsto anche dalle Faq del Ministero), ed in ossequio alle seguenti prescrizioni:

- ✓ adottare specifiche misure idonee a garantire che le informazioni presenti sul dispositivo mobile, visibili o utilizzabili dall'applicazione installata, siano riferibili **esclusivamente a dati di geolocalizzazione** nonché ad impedire l'eventuale trattamento di dati ultronei (es. dati relativi al traffico telefonico, agli sms, alla posta elettronica o altro);
- ✓ configurare il sistema in modo tale che sul dispositivo sia **posizionata un'icona** che indichi che la funzionalità di localizzazione è attiva;

Sistemi di geolocalizzazione sugli smartphone (segue)

- ✓ consentire l'eventuale trattamento dei dati **in tempo reale** solo in presenza di specifiche esigenze (ad es. legate al verificarsi di situazioni di emergenza e/o di pericolo per il dipendente), individuate all'interno di appositi protocolli;
- ✓ consentire l'accesso ai dati trattati ai soli **incaricati della società**;
- ✓ la società dovrà **notificare al Garante** il trattamento dei dati relativi alla localizzazione;
- ✓ ai dipendenti della società, unitamente agli elementi previsti dall'art. 13 del Codice, dovranno essere fornite informazioni chiare e complete sulla natura dei dati trattati e sulle caratteristiche del dispositivo, tenuto conto delle finalità mediante lo stesso perseguite;

Sistemi di geolocalizzazione sugli smartphone (segue)

- ✓ i dipendenti dovranno altresì essere compiutamente informati sulle ipotesi in cui è consentita la **disattivazione** della funzione di localizzazione nel corso dell'orario di lavoro, nonché circa le eventuali conseguenze nel caso in cui la disattivazione avvenga con modalità non consentite;
- ✓ **al termine dell'orario di lavoro** (nonché compatibilmente con le occorrenze previste dal contratto quali permessi, malattia, ecc.) e in occasione delle consentite interruzioni dell'attività lavorativa (es. pausa pranzo), il dipendente potrà disattivare manualmente l'applicazione;
- ✓ La rilevazione dei dati **non sia continuativa** ma ad intervalli stabiliti.

D.Lgs. n. 196/2003 (Codice privacy)

- ✓ La disciplina sulla tutela della privacy, contenuta nel D.Lgs. n. 196/2003, si conferma quale regolamentazione aggiuntiva rispetto a quella statutaria di limitazione del potere di controllo del datore di lavoro ed impone una **lettura integrata dei due sistemi normativi**;
- ✓ In quest'ottica proprio l'art. 4 SL dà concreta attuazione al principio del Codice della Privacy, secondo cui i dati personali devono essere trattati in modo lecito e secondo correttezza, nonché **raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi** (art. 11, comma 1, lett. a) e b), D.Lgs. 196/2003);
- ✓ Il Codice della Privacy, per altro, ha mantenuto inalterato il disposto dell'art. 4 SL sul controllo a distanza dei lavoratori, incluse le relative sanzioni penali (artt. 114 e 171 Codice cit.);
- ✓ Non vi è dubbio che la registrazione dei dati telefonici, degli accessi ad internet, della geolocalizzazione dei dipendenti debba essere sottoposta alle norme sulla privacy, presentando rischi specifici per la libertà, i diritti e la dignità dei lavoratori.

D.Lgs. n. 196/2003 (Codice privacy)

Il Codice della Privacy indica i principi cui ispirarsi nel trattamento dei dati personali nell'ambito di un rapporto di lavoro (artt. 11 e 13 Codice cit.):

- ✓ **La necessità:** le informazioni che vengono raccolte con gli strumenti visti sopra, devono riportare immagini o dati indispensabili, evitando i dettagli e riducendo al minimo l'utilizzo di dati personali e identificativi;
- ✓ **La liceità e la correttezza:** i dati vanno raccolti e trattati con le modalità e per gli scopi stabiliti per legge; non per finalità di mero controllo del dipendente e nemmeno con telecamere installate senza previo accordo sindacale o apposita autorizzazione, né accedendo liberamente alla posta elettronica dei lavoratori o controllando il contenuto dei siti internet visitati dal dipendente;
- ✓ **La pertinenza:** non si devono raccogliere informazioni eccedenti le finalità perseguite;
- ✓ **La trasparenza:** nessun controllo può avvenire se non si è data prima adeguata informativa ai dipendenti, eccetto il caso dei controlli difensivi rientranti nella sfera delle possibili condotte illecite del lavoratore, quindi perseguibili penalmente;
- ✓ I dati personali trattati in violazione della disciplina suddetta non possono essere utilizzati.

D.Lgs. n. 196/2003 (Codice privacy)

Il Codice della Privacy disciplina all'art. 17 il trattamento dei dati che presenta rischi specifici:

- ✓ Il trattamento dei dati, diversi da quelli sensibili e giudiziari, che presenta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato, in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare, è ammesso nel rispetto di misure ed accorgimenti a garanzia dell'interessato, ove prescritti;
- ✓ Le misure e gli accorgimenti di cui sopra sono prescritti dal Garante in applicazione dei principi sanciti dal Codice, nell'ambito di una **verifica preliminare** all'inizio del trattamento, effettuata anche in relazione a determinate categorie di titolari o di trattamenti, anche a seguito di un interpello del titolare (vedi Provvedimenti n. 401 e 448/2014).

Legge n. 183/2014 e D.Lgs. n. 151/2015

- ✓ Legge n. 183/2014, art. 1, comma 7 (Legge Delega):
(..) il Governo e' delegato ad adottare, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o piu' decreti legislativi nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi (...):
 - f) revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'**evoluzione tecnologica** e temperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignita' e della riservatezza del lavoratore.
- ✓ D.Lgs. n. 151/2015, art. 23 (Decreto Semplificazioni, entrato in vigore il 24 settembre 2015):
Modifiche all'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e all'articolo 171 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

Novella art. 4 SL (comma 1)

Art. 4, Legge n. 300/1970 (Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo).

1. Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi **anche** la possibilita' di controllo a distanza dell'attivita' 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. In alternativa, nel caso di imprese con unita' produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in piu' regioni, tale accordo puo' essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente piu' rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo gli impianti e gli strumenti di cui al periodo precedente possono essere installati previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unita' produttive dislocate negli ambiti di competenza di piu' Direzioni territoriali del lavoro, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Novella art. 4 SL (commi 2 e 3)

2. 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.
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.»

Novella art. 171 Codice Privacy

Art. 171, Decreto Legislativo n. 196/2003 (Altre fattispecie).

1. La violazione delle disposizioni di cui all'articolo 113 e all'articolo 4, primo e secondo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e' punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della legge n. 300 del 1970.

Criticità novella (comma 1)

- ✓ Il divieto assoluto di adozione di sistemi di controllo a distanza, presente nel comma 1 del testo previgente, non viene riprodotto esplicitamente nel nuovo impianto normativo, **coerentemente con la piena utilizzabilità dei dati raccolti** ora sancita al comma 3 della novella;
- ✓ L'utilizzo degli avverbi „**anche**” ed „**esclusivamente**” nella formulazione della procedura autorizzativa descritta nel nuovo primo comma porge che, anche nell'attuale assetto e seppur in via implicita, l'adozione e l'utilizzo di strumenti di controllo intenzionale e diretto della **sola** prestazione lavorativa del dipendente siano assolutamente vietati.

Criticità novella (comma 1)

- ✓ I presupposti legittimanti l'installazione, elencati tassativamente nel nuovo testo del comma 1, sono ora le **esigenze organizzative e produttive**, la **sicurezza del lavoro** e – novità – la **tutela del patrimonio aziendale**;
- ✓ La tutela del patrimonio aziendale (beni materiali e immateriali) contro i comportamenti illeciti dei dipendenti, diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa, è ora espressamente annoverata tra le condizioni autorizzative, recependo così il diritto vivente, e rendendo **necessario** per l'effettuazione di tali controlli il procedimento codeterminativo, laddove dagli strumenti di controllo *"derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori"* (accogliendo così il più recente indirizzo giurisprudenziale in materia).

Criticità novella (comma 1)

- ✓ Il procedimento autorizzativo prevede **un'estensione dei soggetti sindacali** legittimati alla sottoscrizione delle intese. La nuova disciplina abilita oltre alle Rsa/Rsu anche le OO.SS. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (ovvero le loro categorie locali), in caso di imprese con unità produttive in diverse province/regioni;
- ✓ In mancanza di accordo, la richiesta di autorizzazione va inoltrata alla DTL o, in caso di imprese plurilocalizzate, al Ministero del Lavoro;
- ✓ Secondo la Cassazione con l'acquisizione del consenso da parte di tutti i dipendenti interessati si realizza la tutela richiesta dalla norma, non essendo così necessario né l'accordo sindacale, né l'autorizzazione della DTL (Cass. Pen. 11 giugno 2012 n. 22611).

Criticità novella (comma 2)

- ✓ Le procedure di autorizzazione sindacali/amministrative non sono necessarie per gli **strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa** (pc, tablet, smartphone) e gli **strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze;**
- ✓ Questa sorta di presunzione legale di sussistenza delle ragioni giustificatrici (evidentemente organizzative-produttive), che esclude il procedimento codeterminativo, opera solamente per gli strumenti che il prestatore utilizza nello svolgimento delle proprie mansioni, a condizione che non siano installati ulteriori **applicativi non necessari all'attività lavorativa del dipendente.**

Criticità novella (comma 2)

✓ *"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 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." (Ministero del Lavoro, Nota 18 giugno 2015)

Criticità novella (comma 2)

- ✓ Le procedure autorizzative previste dal primo comma sembrano non necessarie solo per quegli strumenti che il prestatore utilizza **nello svolgimento delle proprie mansioni**, purché non alterati da dispositivi non necessari ed al contempo atti a porre in essere un controllo della prestazione lavorativa;
- ✓ Secondo le prime interpretazioni dottrinali per poter ricondurre lo strumento di lavoro nell'ambito del secondo comma dell'art. 4 novellato, non si può prescindere da una **valutazione effettuata di volta in volta sui singoli strumenti**;
- ✓ Un **criterio trasversale** utile può essere rappresentato dal fatto che lo strumento di lavoro sia o meno oggetto di interazione del lavoratore, ovvero sia **nel diretto utilizzo del dipendente il quale interagisce con lo stesso** per poter rendere la propria prestazione.

Criticità novella (comma 2)

- ✓ Lo smartphone aziendale col GPS integrato **con cui un tecnico si interfaccia per lavoro**, ad esempio per ricevere le direttive in merito ai luoghi di concreto svolgimento della prestazione individuati in base alla posizione territoriale del tecnico stesso, dovrebbe rientrare nel campo di applicazione del secondo comma (**autorizzazione non necessaria**);
- ✓ I dispositivi portatili dotati di un sistema di geolocalizzazione utilizzati dal personale tecnico per la gestione dell'agenda appuntamenti, consentendo l'accesso ad informazioni utili per l'esecuzione della prestazione, sono strumenti di lavoro che verosimilmente non rientrano nell'obbligo autorizzativo;
- ✓ Il **GPS installato su un veicolo aziendale** con il quale il dipendente non interagisce dovrebbe rientrare nel campo di applicazione del primo comma (**autorizzazione necessaria**).

Criticità novella (comma 2)

- ✓ Novità sostanziale in merito agli strumenti di registrazione degli **accessi e delle presenze**, per i quali **non è prevista nessuna autorizzazione**, superando così i precedenti orientamenti giurisprudenziali che richiedevano la procedura autorizzativa per gli strumenti di controllo della mobilità all'interno dell'azienda durante l'orario di lavoro (cfr. Cass. n. 15892/2007), mentre era riconosciuta la legittimità degli strumenti che consentivano il controllo sull'accesso e l'uscita dall'azienda;
- ✓ Scompare dalla novella dell'art. 4 la possibilità di ricorso gerarchico-amministrativo contro i provvedimenti della DTL; l'eventuale provvedimento di diniego/autorizzazione potrà essere impugnato **solamente in sede giudiziale**.

Criticità novella (comma 3)

- ✓ Il disposto del comma terzo della novella, unitamente alla eliminazione del divieto esplicito dei controlli a distanza dell'attività dei lavoratori, determina fondamentali cambiamenti in merito all'**utilizzabilità dei dati raccolti**, col conseguente superamento dell'indirizzo giurisprudenziale che riteneva sempre e comunque illegittimi (e quindi inutilizzabili) i controlli a distanza sulla prestazione lavorativa;
- ✓ Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 (sia in presenza che in assenza di procedimento codeterminativo) sono ora **utilizzabili a tutti i fini** connessi al rapporto di lavoro, compresi evidentemente i procedimenti disciplinari;
- ✓ La possibilità del controllo dell'attività lavorativa e la conseguente utilizzabilità, anche a fini disciplinari, dei dati acquisiti diventa così un "effetto naturale del contratto" (Garante della Privacy, nota del 08 settembre 2015)

Criticità novella (comma 3)

Condizioni di utilizzabilità dei dati raccolti sono:

- ✓ **un'informativa ai dipendenti** (evidentemente scritta) delle modalità d'uso degli strumenti di controllo (autorizzati e non) e delle modalità di effettuazione dei controlli (che dovranno necessariamente rispettare le prescrizioni in materia di privacy);
- ✓ il necessario coordinamento con la normativa sulla privacy, che viene ora esplicitato nel disposto del comma 3 della novella, quale integrale rispetto del D.Lgs. n. 196/2003. La necessaria conformità del trattamento dei dati dei lavoratori al Codice della privacy è volta ad **impedire la sorveglianza massiva e totale del lavoratore**;
- ✓ Qualora il lavoratore non sia adeguatamente informato delle modalità d'uso degli strumenti di controllo, delle modalità di effettuazione dei controlli, ovvero laddove ciò avvenga in contrasto col Codice della privacy, **i dati raccolti non saranno utilizzabili ad alcun fine**, tanto meno disciplinare.

Criticità novella

- ✓ Il secondo comma dell'art. 23, D.Lgs. n. 151/2015 ha sostituito l'art. 171, D.Lgs. n. 196/2003, confermando comunque le sanzioni penali previste dall'art. 38 SL per le violazioni dell'art. 4 SL, primo e secondo comma;
- ✓ In tali casi il datore incorrerà nella pena alternativa dell'ammenda (da euro 154 a euro 1.549) o dell'arresto (da 15 giorni ad un anno), salvo che il fatto non costituisca più grave reato;
- ✓ Nei casi più gravi le pene dell'arresto e dell'ammenda sono applicate congiuntamente.

Geolocalizzazione dei lavoratori tramite gli smartphone

Sulla base della novella legislativa dell'art. 4 SL e del corretto e necessario coordinamento con il Codice della Privacy quali criticità possiamo evidenziare per la geolocalizzazione dei lavoratori dipendenti tramite gli smartphone?

- ✓ Procedimento autorizzativo;
- ✓ Condizioni di utilizzabilità dei dati: informativa ai lavoratori;
- ✓ Condizioni di utilizzabilità dei dati: normativa sulla privacy e provvedimenti del Garante;
- ✓ Geolocalizzazione e stato morboso del lavoratore.

Geolocalizzazione e procedimento autorizzativo

- ✓ Ai sensi della novella dell'art. 4, comma 2, SL le procedure di autorizzazione non sono necessarie per gli **strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa** (pc, tablet, smartphone);
- ✓ *"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 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." (Ministero del Lavoro, Nota 18 giugno 2015)*

Geolocalizzazione e procedimento autorizzativo

✓ Lo smartphone aziendale col GPS integrato con cui il personale tecnico si interfaccia per lavoro, ad esempio per ricevere le direttive in merito ai luoghi di concreto svolgimento della prestazione individuati in base alla posizione territoriale del tecnico stesso ovvero per la gestione dell'agenda appuntamenti, dovrebbe rientrare nel campo di applicazione del secondo comma **(autorizzazione non necessaria)**;

✓ Il Gps installato su uno smartphone concesso ad uso promiscuo ad un impiegato amministrativo, che svolge il proprio lavoro presso la sede aziendale, necessita sicuramente dell'autorizzazione per poter essere utilizzato quale strumento di controllo a distanza **(non è uno strumento di lavoro)**.

Utilizzabilità dei dati (informativa ai lavoratori)

Il comma 3, art. 4 SL richiede per la piena utilizzabilità (anche ai fini disciplinari) dei dati raccolti tramite gli smartphone **un'adeguata informativa** (preferibilmente scritta e certamente più ampia, e con contenuti diversi, di quella da fornire ai sensi della normativa sulla privacy) al lavoratore in merito alle:

✓ **Modalità d'uso degli strumenti** (identificazione degli strumenti messi a disposizione del lavoratore, modalità di funzionamento degli stessi, limiti di utilizzo privato dei dispositivi ed **eventuali conseguenze disciplinari degli usi non consentiti**);

✓ **Modalità di effettuazione dei controlli datoriali** (sono vietati quelli di natura massiva, indiscriminata e continua, non strettamente legati alla prestazione lavorativa svolta del dipendente).

Utilizzabilità dei dati (Codice Privacy)

Il comma 3, art. 4 SL richiede esplicitamente per la piena utilizzabilità (anche ai fini disciplinari) dei dati raccolti tramite gli smartphone il pieno rispetto della **normativa sulla privacy**.

E' quindi necessario un opportuno coordinamento sia con il Codice della Privacy, sia con i diversi provvedimenti in materia di geolocalizzazione dei lavoratori emanati dal Garante, la cui importanza viene ulteriormente sottolineata dalla novella legislativa:

- ✓ D.Lgs. n. 196/2003, in particolare artt. 11, 13, 17, 37;
- ✓ Provvedimento n. 13 del 01 marzo 2007 (Linee guida per posta elettronica ed internet);
- ✓ Provvedimenti n. 441 dell'11 settembre 2014 e n. 448 del 09 ottobre 2014 (verifica preliminare in merito al trattamento dei dati personali dei dipendenti effettuato attraverso la localizzazione degli smartphone).

D.Lgs. n. 196/2003 (Codice privacy)

Il Codice della Privacy indica i principi da seguire obbligatoriamente nel trattamento dei dati personali nell'ambito di un rapporto di lavoro (artt. 11 e 13 Codice):

- ✓ **La necessità:** le informazioni che vengono raccolte devono riportare dati indispensabili (localizzazione), evitando i dettagli e riducendo al minimo l'utilizzo di dati personali e identificativi;
- ✓ **La liceità e la correttezza:** i dati vanno raccolti e trattati con le modalità e per gli scopi stabiliti per legge (localizzazione); non per finalità di mero controllo del dipendente, né accedendo liberamente a dati ultronei (quali la posta elettronica dei lavoratori o controllando il contenuto dei siti internet visitati dal dipendente, il traffico telefonico, gli sms o altro);
- ✓ **La pertinenza:** non si devono raccogliere informazioni eccedenti le finalità perseguite;
- ✓ **La trasparenza:** nessun controllo può avvenire se non si è data prima adeguata informativa ai dipendenti.

Provvedimenti del Garante

- Il Garante della Privacy, nel Provvedimento n. 401 dell'11 settembre 2014 e nel successivo n. 448 del 09 ottobre 2014, in merito ai Sistemi di geolocalizzazione dei dispositivi smartphone, ha ammesso tali strumenti di localizzazione forniti in dotazione ai dipendenti, nel rispetto delle seguenti prescrizioni:
- ✓ adottare specifiche misure idonee a garantire che le informazioni presenti sul dispositivo mobile, visibili o utilizzabili dall'applicazione installata, siano riferibili esclusivamente a dati di **geolocalizzazione** nonché ad **impedire l'eventuale trattamento di dati ultronei** (es. dati relativi al traffico telefonico, agli sms, alla posta elettronica o altro);
 - ✓ configurare il sistema in modo tale che sul dispositivo sia posizionata **un'icona (sempre visibile)** che indichi che la funzionalità di localizzazione è attiva;
 - ✓ consentire l'eventuale trattamento dei dati in tempo reale solo in presenza di specifiche esigenze (ad es. legate al verificarsi di situazioni di emergenza e/o di pericolo per il dipendente), individuate all'interno di appositi protocolli;

Provvedimenti del Garante (segue)

- ✓ consentire l'accesso ai dati trattati ai soli incaricati della società;
- ✓ la società dovrà notificare al Garante il trattamento dei dati relativi alla localizzazione (dichiarazione dell'attività di raccolta e di utilizzazione di dati personali), ai sensi dell'art. 37, comma 1, lett. a) del Codice;
- ✓ ai dipendenti della società, unitamente agli elementi previsti dall'art. 13 del Codice, dovranno essere fornite informazioni chiare e complete sulla natura dei dati trattati e sulle caratteristiche del dispositivo (**informativa ora prevista dall'art. 4, comma 3, SL sulle modalità d'uso**);
- ✓ i dipendenti dovranno altresì essere compiutamente informati sulle ipotesi in cui è consentita la **disattivazione della funzione di localizzazione** nel corso dell'orario di lavoro, nonché circa le eventuali conseguenze nel caso in cui la disattivazione avvenga con modalità non consentite;
- ✓ **non è necessario il consenso** dei lavoratori interessati al trattamento dei dati;
- ✓ la società dovrà attenersi, in quanto applicabili, alle prescrizioni contenute nel Provvedimento n. 13/2007 "Linee guida per posta elettronica e internet".

Provvedimenti del Garante (segue)

Nell'ambito del Provvedimento n. 448 del 9 ottobre 2014 si evidenziano le seguenti caratteristiche procedurali e del trattamento dei dati di geolocalizzazione dei dipendenti:

- ✓ Il datore di lavoro aveva richiesto al Garante una **verifica preliminare** ai sensi dell'art. 17 Codice, presentando il trattamento dei dati rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali dei lavoratori interessati;
- ✓ I dati trattati sono le **coordinate GPS** del tecnico durante lo svolgimento dell'attività operativa;
- ✓ Gli scopi perseguiti sono l'**ottimizzazione del coordinamento operativo** dei tecnici disclocati sul territorio;
- ✓ l'invio della posizione geografica del dispositivo **non è continuativo** ma periodico (ogni 10 minuti);

Provvedimenti del Garante (segue)

- ✓ sarà possibile l'attivazione e disattivazione della funzione GPS da parte del dipendente, per rendere possibile l'utilizzo dello smartphone anche al di fuori dell'orario di lavoro senza GPS tracking, trattandosi di dispositivi concessi ad uso promiscuo;
- ✓ Il sistema non esegue **alcuna storicizzazione dei dati** di geolocalizzazione, impedendo sia una visione continuativa della posizione del tecnico sia un'eventuale ricostruzione dei percorsi (viene sempre cancellata la penultima posizione rilevata);
- ✓ l'ultima rilevazione della posizione verrà cancellata nel momento in cui termina la giornata lavorativa del dipendente;
- ✓ al termine dell'orario di lavoro (nonché compatibilmente con le occorrenze previste dal contratto **quali permessi, malattia**, ecc.) e in occasione delle consentite interruzioni dell'attività lavorativa (es. **pausa pranzo**), il dipendente potrà disattivare manualmente l'applicazione.

Malattia e geolocalizzazione del dipendente

- I doveri generali di correttezza e buona fede nell'adempimento dell'obbligazione e lo specifico obbligo contrattuale di diligenza impongono al dipendente di attuare, durante lo stato di malattia, tutti i comportamenti volti a garantire la più rapida guarigione possibile;
- ✓ E' ormai prevalente l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui porre in atto comportamenti che facciano ritardare la guarigione è sanzionabile, dal punto di vista disciplinare, anche con la sanzione estintiva;
 - ✓ Alla luce della novella legislativa la geolocalizzazione dei dipendenti tramite gli smartphone è lecita durante un evento morboso?
 - ✓ Potrebbe essere utilizzata ai fini disciplinari la geolocalizzazione di un lavoratore malato?

Malattia e geolocalizzazione del dipendente

- ✓ Per quanto attiene il percorso autorizzativo è da escludere che tale fattispecie possa rientrare nel comma 2, art. 4 SL ("strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa"), visto che si vuole localizzare il lavoratore durante una fase di **sospensione del sinallagma;**
- ✓ E' ipotizzabile un controllo codeterminato ai sensi del comma 1, art. 4 SL e la stipula di un accordo sindacale (o autorizzazione) ai fini di **tutela del patrimonio aziendale,** inteso quale bene immateriale.

Malattia e geolocalizzazione del dipendente

- ✓ Per poter utilizzare ai fini disciplinari la geolocalizzazione del lavoratore malato si dovrà, ai sensi del comma 3, art. 4 SL, dare al lavoratore adeguata informativa sia delle modalità d'uso del dispositivo che delle modalità di effettuazione dei controlli **durante lo stato morbosio**;
- ✓ Per poter utilizzare la geolocalizzazione del lavoratore malato ai fini disciplinari si dovrà, ai sensi del comma 3, art. 4 SL, rispettare integralmente il **Codice della Privacy**;
- ✓ A quali condizioni il Garante ammetterà un **controllo massivo e continuativo** di questo tipo?