



LaBoUR & Law Issues

Rights | Identity | Rules | Equality

Vol. 3, n. 2, 2017

ISSN: 2421-2695





Indice

Saggi:

- L. MOREL, *Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l'effectivité du droit au repos à l'ère du numérique*.....1
- R. DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*.....17
- J. MOREIRA DIAS, *Smart working. Dialogues between Portugal and Italy*.....39

Reports & Comments:

- C. OGRISEG, *GDPR and Personal Data Protection in the Employment Context*.....1
- A. ROTA, *L'intimazione del licenziamento nell'era digitale: dalla notificazione a mezzo raccomandata all'invio tramite WhatsApp*.....25
- G. PACELLA, *Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed*.....48

Comparative & International Overview

- L. TEBANO, *Employees' Privacy and employers' control between the Italian legal system and European sources*.....1
- YU SHUHONG - MALIK ZIA-UD-DIN, *Analyzing the Labour Issues in Pakistan: A Historical Background of Labour Laws and Labour Unions*.....21



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Le droit à la déconnexion en droit français
La question de l'effectivité du droit au repos
à l'ère du numérique**

LAËTTIA MOREL
Université Lumière Lyon 2

vol. 3, no. 2, 2017

ISSN: 2421-2695





Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l'effectivité du droit au repos à l'ère du numérique

LAËTITIA MOREL

CERCRID - Centre de Recherches Critiques sur le Droit,
Université Lumière Lyon 2
Attachée d'Enseignement et de Recherche
morel-laetitia@live.fr

ABSTRACT

The use of digital tools in the employment relationship blurs the boundaries between work time and personal time. In 2002, an Author theorized the “right to disconnect” as the right “to private life of the 21st century”. The same right has just been recognized by *Loi Travail*.

This legislative provision, however, does not give a definition of the right to disconnect. It refers to company-level collective bargaining (concerning the quality of life at work) or, failing this, to the employer decisions for what concern the rules regarding disconnection. It's worth distinguishing two aspects: the right to disconnect *at work* (to solve the problems arising from hyper-connection) and the right to disconnect *from work* (to guarantee rest periods, leave and personal life).

By considering rest periods and personal life, the law establishes the right to disconnect *from work* and by incorporating this right into the matter of quality of life at work, it establishes as well disconnection *at work*. The main question is whether the legislative framework is able to reach both these goals.

The article highlights some issues concerning especially disconnection from work.

The A. discusses the adequacy of the legislative framework, considering that the discipline of disconnection, included in collective bargaining on professional equality and quality of life at work, ends up being not enough coordinated with time and workload regulation.

Keywords: Droit à la déconnexion; Loi travail; réglementation du temps de travail; négociation collective; pouvoir unilatéral de l'employeur

Le droit à la déconnexion en droit français

La question de l'effectivité du droit au repos à l'ère du numérique

RESUME: 1. Un droit « connecté » à l'obligation de négocier sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail. – 2. Un droit déconnecté de la question de la charge de travail.

L'intégration des outils connectés dans le monde du travail estompe les frontières spatio-temporelles de la subordination en rendant poreux les temps et lieux de travail et de vie privée. Un auteur imagine donc, en 2002, un droit à la déconnexion pensé comme le « droit à la vie privée du 21^{ème} siècle » (1). En 2013, les organisations syndicales d'employeurs et de travailleurs salariés s'emparent de la question avec l'accord national interprofessionnel (ANI) du 19 juin de cette même année, portant sur la qualité de vie au travail. L'article 17 de cet accord collectif destiné à « promouvoir une gestion intelligente des technologies de l'information et de la communication au service de la compétitivité des entreprises, respectueuse de la vie privée des salariés », décrit ainsi les risques que fait courir l'usage des technologies de l'information et de la communication : brouillage des frontières de la subordination et isolement des salariés sur leur lieu de travail. Cet accord engage les entreprises à rechercher les moyens de concilier vie personnelle et vie professionnelle, notamment par « l'institution de temps de déconnexion » (2). En septembre 2015, Monsieur Bruno Mettling, missionné par l'ancien ministre du Travail, Monsieur François Rebsamen, remet son rapport intitulé « Transformation numérique et vie au travail » (3) à la ministre du Travail d'alors, Madame

(1) J-E. RAY, *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^{ème} siècle*, *Droit social*, 2002, p 939.

(2) Le terme « d'entreprise » semble renvoyer ici au pouvoir unilatéral de l'employeur. En effet, d'après l'article 17 de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 19 juin 2013, « Les entreprises s'attacheront à mettre en place des formations à la conduite du changement et à l'utilisation des Technologies de l'Information et de la Communication (TIC) pour les salariés ayant des difficultés particulières pour les maîtriser. Elles rechercheront, après avoir recueilli le point de vue des salariés sur l'usage des TIC dans l'entreprise, les moyens de concilier vie personnelle et vie professionnelle en tenant compte des exigences propres aux caractéristiques de l'entreprise et des fonctions exercées, par l'institution, par exemple, de temps de déconnexion, comme cela se pratique déjà dans certaines entreprises. ».

(3) B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, Rapport remis à Madame la Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social,

Myriam El Khomri. Ce rapport préconise des «modifications limitées mais indispensables, de notre cadre juridique» (4), afin de tenir compte des «impacts majeurs» (5) des technologies de l'information et de la communication en entreprise. S'appuyant sur des initiatives existantes (6) relatives à la régulation de l'usage des outils numériques (7), le rapport appelle à une consécration législative d'un droit à la déconnexion. Ce droit est alors reconnu par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 (8), dite « loi Travail », dans son chapitre II intitulé « Adaptation du droit du travail à l'ère du numérique ». Deux dispositions font ainsi leur entrée dans le Code du travail. Selon la première (article L. 2242-8 du Code du travail), les modalités du plein exercice du droit à la déconnexion et la mise en place de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques deviennent un objet de la négociation obligatoire portant sur l'égalité professionnelle et la qualité de la vie au travail, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. À défaut d'accord, l'employeur élabore une charte (après avis des institutions représentatives du personnel), portant de plus sur la mise en œuvre d'actions de formation à un usage raisonnable des outils numériques. Selon la seconde (article L. 3121-64 du Code du travail), le droit à la déconnexion devient un élément à paramétrer dans le cadre des conventions collectives relatives aux conventions de forfait en jours (9). Selon l'exposé des motifs du projet de la

Septembre 2015. Rapport consultable en ligne: www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf.

(4) Ibid, p 9.

(5) Ibid, p 7.

(6) On peut donner quelques exemples d'accords qui ont effectivement traités de cette question. L'accord collectif national français de l'industrie pétrolière relatif à la pénibilité et au stress au travail, en date du 19 septembre 2011, reconnaît les risques d'empiètement de la vie professionnelle sur la vie personnelle des salariés. L'accord Areva du 31 mai 2012 sur le développement de la qualité de vie au travail au sein du groupe Areva France précise dans son article 20 « la nécessité de veiller à ce que l'usage des nouvelles technologies respecte la vie privée du salarié en faisant peser un devoir de déconnexion sur les salariés dans le but de ne pas porter atteinte à la vie personnelle de ses collègues ». Un accord de la branche des sociétés d'ingénierie et de conseil et des bureaux d'études, signé entre Syntec, le Cinov, la CFDT et la CFE-CGC le 1^{er} avril 2014 prévoit la mise en place d'outils de suivi du droit à la déconnexion pour les travailleurs en forfait jours.

(7) Pour d'autres exemples d'accords mettant en œuvre le droit à la déconnexion, voir également : M-B BOURGEOIS - L. TOURANCHET - X. ALAS-LUQUETAS, *Le droit à la déconnexion*, *La Semaine Juridique, Édition Sociale*, n° 24, Juin 2017, 1199, p 3.

(8) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. Consultable sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/8/8/ETSX1604461L/jo>.

(9) Dans ce cadre-là, le salarié concerné voit sa durée de travail comptabilisée en jours sur l'année, et non pas en heures. Il n'est donc pas soumis au respect des durées

loi Travail (10), «l'article 25 crée un nouvel item de la négociation relative à la qualité de vie au travail, portant sur les modalités d'exercice du droit à la déconnexion. Il est aujourd'hui important que la négociation collective prenne en compte les contraintes que font peser sur les salariés les outils numériques qui sont mis à leur disposition par l'employeur. Il s'agit notamment de *garantir l'effectivité du droit au repos*».

Le législateur français ne définit pas le droit à la déconnexion. Le tracé de ses contours est renvoyé à la négociation collective, plus particulièrement d'entreprise, et à défaut à l'employeur. Il semble toutefois possible d'en distinguer deux aspects : le droit à la déconnexion *au travail* (possible remède aux problèmes liés à l'infobésité et à la surconnexion) et le droit à la déconnexion *hors travail* (garant du respect du temps de repos, de congés, de vie personnelle) (11). En évoquant le respect du temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale, le législateur semble se référer au droit à la déconnexion *hors travail*. Mais en insérant ce droit dans la thématique de la qualité de vie au travail, il semble également viser la déconnexion *au travail*. La question se pose alors de savoir si le dispositif mis en place est en mesure de remplir les objectifs que lui assigne le législateur.

La démarche consiste ici à évaluer cette nouvelle disposition à l'aune de la finalité fixée par le législateur lui-même. L'évaluation de ce nouveau dispositif est contrastée. On peut, tout d'abord, se réjouir de la mise en discussion des questions que pose l'usage professionnel des outils informatiques (12). On peut par ailleurs se féliciter que le thème de la

maximales quotidienne et hebdomadaire de travail. La convention de forfait en jours est proposée aux salariés cadres ou non disposant d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps.

(10) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, Dossiers législatifs, Exposé des motifs, p 14. Consultable sur: https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=D775062BF46D6679DA4D6AE1AA81C92D.tpdila08v_1?idDocument=JORFDOLE000032291025&type=expose&typeLoi=&legislature

(11) L. GRATTON, *Révolution numérique et négociation collective*, *Droit social*, 2016, p 1050 ; S. IZARD, *Le droit de se connecter en toute liberté !*, *Semaine Sociale Lamy*, 2017, n° 1755, p 6.

(12) M-B BOURGEOIS - L. TOURANCHET - X. ALAS-LUQUETAS, *Le droit à la déconnexion*, *La Semaine Juridique, Édition Sociale*, n° 24, Juin 2017, 1199, p 3 ; T. GIRAUD, *Le droit à la déconnexion*, *Juris associations*, 2017, n° 552, p 26 ; H. GUYOT, *L'adaptation du droit du travail à l'ère du numérique*, *La Semaine Juridique Sociale*, n° 37, 20 Septembre 2016, 1310 ; S. IZARD, *Le droit de se connecter en toute liberté !*, *Semaine Sociale Lamy*, 2017, n° 1755 ; G. LOISEAU, *La déconnexion. Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées*, *Droit social*, 2017, p 463 ; J-E. RAY, *Grande accélération et droit à la déconnexion*, *Droit social*, 2016, p 912.

(dé)connexion *au temps et lieu de travail* soit traité dans le cadre de la négociation obligatoire portant sur la qualité de vie au travail (13). On peut toutefois être plus réservé sur la pertinence de ce cadre pour ce qui a trait à la déconnexion *hors travail*. Il paraît regrettable que, sur ce point, le législateur délègue la détermination des modalités d'exercice du droit à la déconnexion à la négociation collective ou à défaut, au pouvoir unilatéral de l'employeur, laissant de côté la réglementation du temps de travail et la question de la charge de travail des salariés. Nous interrogerons tout d'abord la pertinence du cadre de la négociation collective sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail, détaché de fait, de la réglementation du temps de travail (I). Nous discuterons ensuite de l'intérêt de consacrer un droit à la déconnexion déconnecté de la question de la charge de travail (II).

1. Un droit « connecté » à l'obligation de négocier sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail

Si la loi Travail reconnaît un droit à la déconnexion, elle n'en détermine pas explicitement le contenu. Elle se contente d'en faire un nouvel objet de négociation collective (A). Le choix fait par le législateur d'inscrire cet objet dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail interroge le rapport entretenu entre droit à la déconnexion et réglementation du temps de travail (B).

A- Un nouvel objet de négociation collective

Le législateur reconnaît un droit à la déconnexion, mais il le fait au travers d'une obligation de négocier « les modalités d'exercice de ce droit » au sein de l'entreprise. Ce choix limite de deux manières la portée de la

(13) M-B BOURGEOIS, L. TOURANCHET, X. ALAS-LUQUETAS, *Le droit à la déconnexion*, *La Semaine Juridique, Édition Sociale*, n° 24, Juin 2017, 1199, p 3. Voir notamment à ce propos, l'exemple de l'accord Areva du 31 mai 2012 sur le développement de la qualité de vie au travail qui précise que le devoir de déconnexion a pour but de ne pas porter atteinte à la vie personnelle des collègues du salarié. Il préconise un suivi régulier des mails et de leur répartition temporelle. L'accord sur la prévention des risques psychosociaux à l'APEC du 28 février 2013 comporte un ensemble de «règles de bon usage de la messagerie électronique». L'accord Michelin du 15 mars 2016 invite à identifier les connexions excessives et à mettre en œuvre des mesures de sensibilisation ciblées, notamment la rencontre entre le salarié et le supérieur hiérarchique en cas de situation d'hyperconnexion. L'accord Natixis du 26 août 2016 porte quant à lui sur la formation et la sensibilisation au bon usage des outils numériques.

reconnaissance du droit à la déconnexion : premièrement, il restreint le champ d'application personnel de ce droit, deuxièmement, il fait de la déconnexion l'objet d'un droit à contenu variable. En effet, les obligations de négocier, en droit français, ne concernent que les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives (14). Dès lors, le champ d'application de la disposition ne s'étend pas à l'ensemble des salariés. De plus, en habilitant les organisations syndicales à définir les modalités de plein exercice du droit à la déconnexion, le législateur crée le risque d'un manque d'homogénéité de ce droit et partant, d'une distribution inégalitaire de celui-ci. À chaque entreprise son droit à la déconnexion. Ce dernier apparaît ainsi comme un droit à géométrie variable puisque négociable (15).

La loi prévoit qu'en cas d'échec de la négociation, une « charte » (16) est mise en place dans l'entreprise, après avis consultatif du comité d'entreprise (17) ou des délégués du personnel (18). Assez curieusement, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), autre organe de représentation des salariés qui a pour mission de veiller à la préservation de la

(14) La section syndicale regroupe l'ensemble des salariés appartenant à un même syndicat dans une entreprise. Elle peut être constituée dans toute entreprise sans condition d'effectif. L'organisation syndicale est représentative lorsqu'elle remplit certains critères dont celui du score obtenu aux dernières élections professionnelles. Si l'entreprise compte plus de 50 salariés, le syndicat représentatif désigne un délégué syndical, dans le cas contraire, le délégué du personnel peut être désigné délégué syndical. Ainsi, toutes les entreprises ne connaissent pas de sections syndicales.

(15) A ce propos, voir le dossier « Négocier sur : le droit à la déconnexion », *Liaisons sociales quotidien*, 2016, n°216/2016. Par exemple, dans une entreprise, le droit à la déconnexion pourrait se concrétiser par un droit pour le salarié de ne pas répondre au téléphone en dehors de ses heures de travail, de ne pas ouvrir sa boîte mail le week-end, tout en devant se tenir prêt pour la réunion du lundi matin. Dans une autre entreprise, le droit à la déconnexion se matérialisera par une coupure des serveurs informatiques tout le long du week-end. Ainsi le droit à la déconnexion pourra prendre des formes très différentes d'une entreprise à une autre.

(16) La charte d'entreprise n'est pas clairement définie par le droit français. En général, elle correspond, à la formalisation de certaines valeurs ou règles de conduite. Elle sera, parfois, assimilée à une adjonction au règlement intérieur lorsque son contenu entre dans son champ d'application.

(17) Le comité d'entreprise a des attributions économiques et sociales. Ses membres sont élus dans les entreprises d'au moins 50 salariés.

(18) Le délégué du personnel représente les salariés auprès de l'employeur et lui fait part des réclamations individuelles ou collectives en matière d'application de la réglementation du travail. La mise en place de délégués du personnel est obligatoire lorsque l'effectif de l'entreprise atteint au moins 11 salariés.

santé et sécurité des travailleurs (19), n'est pas *expressément* associé par le législateur, à l'élaboration de la charte portant sur les modalités d'exercice du droit à la déconnexion, alors même que l'hyperconnexion représente un risque pour la santé des travailleurs et est directement liée à leurs conditions de travail. Le silence du législateur ne doit cependant pas tromper : l'élaboration unilatérale d'une charte d'entreprise, sans consultation du CHSCT, pourrait constituer une entrave au fonctionnement de cette institution (20). De plus, le CHSCT pourrait obtenir en référé la suspension de la décision unilatérale de l'employeur (21).

Par ailleurs, il paraît regrettable que certains aspects du droit à la déconnexion, liés au temps de repos, puissent faire l'objet d'une négociation d'entreprise, ou d'une décision unilatérale de l'employeur. Cela aboutit à un fâcheux brouillage des frontières : si l'on conçoit que le droit à la déconnexion *au travail* puisse relever de la négociation collective répondant ainsi au souci d'adaptation du travail à l'ère du numérique, on peine à comprendre qu'il en soit de même pour le droit à la déconnexion *hors travail*. On s'étonne ainsi que le temps de repos, ou le temps libre (22) du salarié puisse faire l'objet d'une réglementation d'entreprise.

La question du temps, justement, qui paraît centrale dans l'étude du droit à la déconnexion, semble pourtant accessoire à la lecture du dispositif mis en place par la loi Travail. Le lien de causalité fait par le législateur entre droit à la déconnexion et respect des temps de repos, de congé et de vie personnelle interroge.

B- Droit à la déconnexion et (dé)réglementation du temps de travail

Analysée dans le cadre de la réglementation du temps de travail, la première question que pose le droit à la déconnexion est celle de sa plus-value. L'exposé des motifs du projet de la loi Travail de 2016 indique explicitement qu'il s'agit, par la reconnaissance du droit à la déconnexion, de «garantir

(19) Plus particulièrement, selon l'article L. 4612-9 du Code du travail, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) est consulté lors de l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise.

(20) L'article L. 4742-1 du Code du travail punit d'une amende de 7500 euros le fait de porter atteinte au fonctionnement du CHSCT.

(21) Notons cependant que le CHSCT devrait être prochainement fusionné avec les autres institutions représentatives du personnel en application de la réforme du droit du travail, en cours à ce jour.

(22) Sur la notion de « temps libre », voir notamment : GR-PACT, *Proposition de Code du travail*, Dalloz, 2017.

l'effectivité du droit au repos» (23). La consécration d'un droit à la déconnexion s'inscrirait donc dans le constat de l'ineffectivité d'un droit existant. Le choix du législateur interroge : la déconnexion ne va-t-elle pas de soi si le temps de repos est respecté? Le droit national et le droit européen reconnaissent, pourtant, depuis longtemps ce droit au repos (24). Assez logiquement, l'effectivité de ce droit au repos passe en premier lieu par la réglementation du temps de travail (25). La Cour de cassation définit le temps de repos comme un temps qui « suppose que le salarié soit totalement dispensé directement ou *indirectement*, sauf cas exceptionnels, d'accomplir pour son employeur une prestation de travail même si elle n'est qu'éventuelle ou occasionnelle» (26). Ainsi, la Cour reconnaît déjà implicitement, un « droit à la déconnexion » sans le nommer dans un arrêt du 17 février 2004 (27). Elle

(23) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, Dossiers législatifs, Exposé des motifs, p 14. Consultable sur: https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=D775062BF46D6679DA4D6AE1AA81C92D.tpdila08v_1?idDocument=JORFDOLE000032291025&type=expose&typeLoi=&legislature

(24) La Cour de Justice de l'Union Européenne a eu l'occasion, à plusieurs reprises, d'affirmer son attachement aux dispositions visant le respect du temps de repos en considérant qu'elles constituent des règles de droit social communautaire revêtant une importance particulière. Voir notamment : CJCE, 7 septembre 2006, C- 484/04, Commission contre RU, § 38 et CJUE, 22 avril 2010, C-486/08, ZLT contre Land Tirol. Elle précise également que chaque travailleur doit bénéficier « de périodes de repos adéquates, qui doivent [...] être *effectives*. » A ce propos : CJCE, 7 septembre 2006, C- 484/04, Commission contre RU, § 41. Dans le même esprit, la Cour rappelle que « le travailleur doit pouvoir bénéficier d'un *repos effectif* » (CJUE, 22 avril 2010, C-486/08, ZLT contre Land Tirol).

(25) La directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail définit le temps de travail comme « toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de ses activités ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales » et le temps de repos comme « *toute période qui n'est pas du temps de travail* ». Dans une approche similaire, le droit français (article L. 3121-1 du Code du travail) définit le temps de travail effectif comme « *le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ». Concernant la limitation du temps de travail, la Cour de justice de l'Union européenne réaffirme constamment que l'article 6 b) de la directive de 2003 « constitue une règle de droit social de l'Union européenne revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale destinée à assurer la protection de sa sécurité et de sa santé ». Voir à ce propos : CJUE, 14 octobre 2010, C 243/09 et CJUE, 25 novembre 2010, C 429-09.

(26) Soc, 10 juillet 2002, n° 00-18452, Bull V n° 238.

(27) Soc, 17 février 2004, n° 01-45889, Inédit. Notons toutefois que la Cour a pris la peine de relever le caractère personnel de l'outil de communication en question. Le propos doit cependant être atténué à l'appui des décisions de la même juridiction portant sur l'obligation de loyauté du salarié, obligation qui perdure pendant le temps de la suspension

affirme que « le fait de n'avoir pu être joint en dehors des horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif ». Dans le même ordre d'idées, elle reconnaît le préjudice automatique né du défaut de respect du temps de repos (28). La Cour indique que le non-respect du droit au repos cause *nécessairement* un préjudice au travailleur. Au vu de la définition du temps de repos donnée par la Cour, le droit à la déconnexion paraît bien être la conséquence directe du respect du temps de repos (29), et le droit au repos semble bien être garanti en premier lieu par la réglementation du temps de travail.

La seconde question que pose l'analyse du droit à la déconnexion est celle de la réalisation de l'objectif qui lui est assigné. La loi Travail s'inscrit dans un mouvement de flexibilisation du temps de travail (30). Elle instaure en effet une nouvelle articulation des normes en matière de réglementation du temps de travail. Concernant par exemple le seuil de déclenchement des heures supplémentaires, l'accord d'entreprise, prioritairement, détermine le contingent annuel d'heures supplémentaires et le taux de majoration de la rémunération de ces heures (31). La durée maximale de travail peut, sous conditions, être aménagée par convention collective (32). De la même façon, la durée minimum de repos semble désormais être négociable (33). Face à ce mouvement de décentralisation de la négociation collective, d'accroissement des possibilités de dérogation à la loi et de flexibilisation du temps de travail, la présentation d'un droit à la déconnexion, comme garantie de l'effectivité du droit au repos, semble bien fragile. Cette fragilité est accentuée par le fait que

du contrat de travail. À ce propos, voir notamment : Soc, 15 juin 1999, bull V n° 279 ; Soc, 6 février 2001, bull V n°43 ; Soc, 18 mars 2003, n° 01-41343, Inédit.

(28) Soc, 17 février 2016, n° 13-28791, Inédit (repos journalier) et Soc, 8 juin 2011, n° 09-67051, Bull V, n° 142 (repos hebdomadaire).

(29) Selon Madame Marie Hautefort : « Le droit à la déconnexion n'est pas une nouveauté, puisqu'il se déduit très simplement du droit au repos minimal quotidien » (M. HAUTEFORT, *Organiser les conditions du droit à la déconnexion, Les Cahiers Lamy du DRH*, 2017, n° 241, p 8).

(30) P. LOKIEC, *La « modulation » du temps de travail, Droit social*, 2016, p 957; GR-PACT, *Pour un autre droit du temps de travail, Droit social*, 2016, p 422; M. VERICEL, *Une nouvelle architecture des règles en matière de temps de travail, Revue de droit du travail*, 2016, p 824; Le Syndicat CGT-UGICT publie un guide du droit à la déconnexion en 2016 dans lequel il met en évidence les insuffisances de la loi : « Le droit à la déconnexion est d'abord en contradiction avec le reste de la loi Travail dont le principe est de permettre un allongement du temps de travail en baissant la rémunération des heures supplémentaires [...] ». Guide consultable sur : <http://ugict.cgt.fr/deconnexion/droit-a-la-deconnexion-ou-en-est-on>.

(31) Articles L. 3121-33 et suivants du Code du travail.

(32) Articles L. 3121-19 et L. 3121-23 du Code du travail.

(33) Article L. 3131-2 du Code du travail.

les périodes concernées par le droit à la déconnexion ne sont pas fixées par le législateur. Il en résulte au sein de certains accords collectifs, la consécration d'un droit à la déconnexion « en dehors des horaires d'ouverture de l'établissement dans lequel le salarié accomplit régulièrement son travail », « en dehors des heures habituelles de travail », « entre 20h00 et 7h00 en semaine » (34). Le droit à la déconnexion peut ainsi se calquer sur le temps de non-activité de l'entreprise et non pas sur le temps de repos du salarié. Enfin, l'objectif du droit à la déconnexion étant l'effectivité du droit au repos, le choix du législateur interroge : pourquoi reconnaître un droit dont le but explicite est d'assurer le respect des temps de repos sans l'intégrer au sein de la négociation obligatoire sur le temps de travail (35), privilégiant le cadre de la négociation sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail.

La nouvelle réglementation interroge également quant au lien que décrit le rapport de Monsieur Bruno Mettling entre déconnexion et charge de travail. Le nouveau dispositif reste en effet silencieux sur ce point et semble rater l'opportunité de chercher une mesure fidèle et pertinente de la charge de travail, à l'ère du numérique.

2. Un droit déconnecté de la question de la charge de travail

Le droit à la déconnexion focalise la discussion sur un responsable jusqu'à aujourd'hui peu connu du droit, l'outil numérique. Ce serait de lui que viennent les maux du droit du travail, de son inapplicabilité aux nouvelles formes que prend le travail subordonné. Il faut donc « adapter le droit du travail à l'ère du numérique ». On peut toutefois se demander si le caractère inadapté du droit du travail repose uniquement sur les questions de connexion. Il semblerait que ces questions soient plutôt le symptôme d'un problème plus vaste, celui de la charge de travail (A). Cette focalisation de la discussion sur l'outil numérique annonce le risque de déresponsabiliser celui qui, du fait de son pouvoir de direction, peut mesurer et limiter la charge de travail, l'employeur, au détriment de celui qui reste dans le cadre de ses obligations professionnelles soumis à sa charge de travail, le travailleur dépendant (B).

(34) Ces exemples sont tirés de l'article « Négociateur sur : le droit à la déconnexion », *Liaisons sociales quotidien*, 1^{er} décembre 2016, n° 215, p. 3.

(35) L'article L. 2242-5 du Code du travail impose de négocier annuellement sur la rémunération et le temps de travail notamment.

A- L'occultation des causes de l'hyperconnexion : la charge de travail

La notion de «charge de travail» apparaît dans le code du travail, en 2000, et ne concerne, à ce moment là, que les salariés soumis à une convention de forfait. Elle est aujourd'hui d'actualité pour l'ensemble des salariés, cadres ou non, utilisant dans leur travail des outils numériques connectés (36). Le législateur ne définit pas le terme «charge de travail», mais l'agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT) décrit une démarche d'évaluation de la charge de travail (37). De plus, l'analyse de plusieurs décisions de la Cour de cassation montre que cette dernière exerce, sans nécessairement viser la notion, un contrôle de la charge de travail. Dès 1999, elle écarte une possible faute du salarié, «*celui-ci ne pouvant accomplir le travail demandé dans un temps compatible avec ses horaires*» (38). De même, elle opère un contrôle des objectifs fixés unilatéralement par l'employeur ou par voie contractuelle. Elle exige en effet que les objectifs soient «réalisables» ou «réalistes» pour être opposables aux salariés (39). Parallèlement, le rapport de Monsieur Bruno Mettling met en évidence la nécessité d'évaluer les outils numériques dans le cadre d'une mesure de la charge de travail: «Pour être efficace, la mission est d'avis que cette démarche doit s'inscrire dans une dynamique au sein des entreprises *faisant de la charge de travail un objet d'échange voire d'évaluation régulier*» (40). L'étude d'impact du projet de loi Travail avait

(36) M. GRIGUER - J. SCHWARTZ, *Les risques liés à l'implémentation du droit à la déconnexion dans l'entreprise*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, Mars 2017; M-B BOURGEOIS - L. TOURANCHET - X. ALAS-LUQUETAS, *Le droit à la déconnexion*, *La Semaine Juridique, Édition sociale*, n°24, Juin 2017.

(37) L'agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT) publie en 2006, au sein de sa revue bimestrielle *Travail et Changement*, l'article «La charge de travail : faire face aux nouvelles exigences» décrivant une démarche pour évaluer la charge de travail. Cette démarche consiste en trois temps : premièrement, il est nécessaire d'identifier la charge de travail prescrite, c'est-à-dire, ce qui est demandé au salarié. Deuxièmement, il faut caractériser la charge réelle de travail, c'est à dire tout ce que le salarié met en œuvre pour atteindre ses objectifs. Troisièmement, la charge subjective doit être évaluée, soit l'évaluation que font les salariés de leur propre charge.

(38) Soc, 16 novembre 1999, n° 97-43285, Inédit ; Soc, 23 mars 2011, n° 08-45140, Inédit ; Soc, 7 juillet 2016, n° 15-10546.

(39) Soc, 2 mars 2011, n° 08-44977, Bull V n° 55 ; Soc, 3 février 1999, n° 97-40606, Inédit ; Soc, 30 mars 1999, n° 97-41028, Inédit ; Soc, 14 novembre 2000, n° 98-42371, Inédit ; Soc, 13 mars 2001, n° 99-41812, Inédit ; Soc, 6 mai 2002, n° 00-41992, Inédit ; Soc, 10 février 2004, n° 01-45216, Inédit.

(40) B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, Rapport remis à Madame la Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Septembre 2015, Préconisation n°23, p 53.

également mis en avant cet enjeu dès mars 2016 (41). C'est donc parce que la charge de travail risque d'être déraisonnable que l'usage de l'outil numérique peut l'être également (42).

Pourtant, la loi Travail ne fait aucun lien direct entre charge de travail et droit à la déconnexion (43). Le droit à la déconnexion sans prise en compte du souci lié à la charge de travail peut être perçu comme une occasion manquée de créer un nouvel outil de négociation obligatoire, la charge de travail de l'ensemble des salariés. Une évaluation de cette question permettraient des négociations collectives dans le but authentique d'assurer l'effectivité du droit au repos.

Si l'abus dans l'usage des outils numériques fragilise inéluctablement l'effectivité du droit au repos, la cause première de cet abus réside bien dans la possible surcharge de travail. En écartant cette donnée de la loi et de la négociation collective, ce qui se présente comme un droit du salarié pourrait bien signifier un accroissement de ses devoirs.

B- La « responsabilisation » consécutive du salarié

A priori la reconnaissance d'un « droit à » dont le titulaire est le salarié, laisse imaginer que la responsabilité d'une atteinte à ce droit repose sur les épaules de l'employeur, détenant le pouvoir de direction dans l'entreprise (44). Cependant le rapport de Monsieur Bruno Mettling définit explicitement le droit à la déconnexion comme une « coresponsabilité du salarié et de

(41) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, Dossiers législatifs, Étude d'impact, p 233. Consultable sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=2C56CC100C5E5F56FB7D16D5356022A5.tpdlila08v_1?idDocument=JORFDOLE000032291025&type=general&legislature=14

(42) C. MATHIEU, *Le droit à la déconnexion : une chimère ? Pas de droit à la déconnexion (du salarié) sans devoir de déconnexion (de l'employeur)*, *Revue de droit du travail*, 2016, p 592; S. IZARD, *De nouveaux cadres de régulation doivent être trouvés – Entretien avec Hervé Lanouzière, Directeur Général de l'ANACT, Semaine sociale Lamy*, 2017, n° 1755; L. DE MONTVALON, *Droit à la déconnexion : l'arbre qui cache la forêt ?*, *Semaine sociale Lamy*, n° 1743, 2016, p. 19. Sur les effets du numérique sur la charge de travail, voir également : ANACT « Dix questions sur la charge de travail », octobre 2016. Consultable sur : <https://www.anact.fr/10-questions-sur-la-charge-de-travail>.

(43) Certains syndicats, notamment l'UGICT-CGT, mettent en évidence les insuffisances de la loi Travail concernant en partie la prise en compte de la charge de travail. Voir sur : <http://ugict.cgt.fr/deconnexion/droit-a-la-deconnexion-ou-en-est-on>.

(44) C. MATHIEU, *Le droit à la déconnexion : une chimère ? Pas de droit à la déconnexion (du salarié) sans devoir de déconnexion (de l'employeur)*, *Revue de droit du travail*, 2016, p 592.

l'employeur » impliquant un «devoir de déconnexion » (45). Le rapport indique que la déconnexion relève autant d'une «éducation au niveau individuel qu'une régulation au niveau de l'entreprise » (46). La reconnaissance du droit à la déconnexion laisse ainsi présager une responsabilisation du salarié appuyée sur son « devoir de déconnexion» (47). La loi Travail confirme cette prévision. En effet, l'employeur qui élabore une charte pour combler la carence de la négociation collective, doit assurer «la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques» (48). L'obligation pour ce dernier pourrait ainsi se limiter à la mise en place de formations professionnelles, sans prise en compte du souci de limiter la charge de travail de l'ensemble des travailleurs. Devenant ainsi une obligation professionnelle de déconnexion, le salarié commettrait une faute en ne respectant pas un droit à la déconnexion négocié ou mis en place dans le cadre d'une charte d'entreprise, faute dont la preuve serait facilitée par la formation qu'il aurait suivie. La responsabilisation du salarié pourrait ainsi rendre plus complexe la démonstration de la responsabilité de l'employeur dans la mise en œuvre du droit à la déconnexion. De plus, l'hypothèse d'une carence de l'employeur n'est pas prévue par le législateur. Quelles seront les conséquences juridiques du manquement aux dispositions visant le droit à la déconnexion ? La responsabilité de l'employeur pourrait reposer sur plusieurs fondements: l'obligation de santé et de sécurité pesant sur l'employeur et l'ensemble des travailleurs, si la santé d'un salarié est mise en cause par l'usage des outils numériques (49), le délit d'entrave envers les institutions représentatives du personnel et les organisations syndicales si la négociation collective ou la consultation ne se déroulent pas conformément aux dispositions légales, la rémunération du salarié qui travaille lorsque l'employeur n'a pas fixé les

(45) B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, Rapport remis à Madame la Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, Septembre 2015, p 20-21 et Préconisation n°19, p 52.

(46) Ibid.

(47) L'idée « d'éducation au niveau individuel » peut, quant à elle renvoyer à une infantilisation du travailleur qui doit être éduqué pour maîtriser l'outil numérique, celui-ci étant parfois perçu comme « dépendant » de ce dernier. Sur la dépendance numérique, voir à ce propos : M. GRIGUER - J. SCHWARTZ, *Les risques liés à l'implémentation du droit à la déconnexion dans l'entreprise*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2, Mars 2017, p 5.

(48) Articles L. 2242-8 du Code du travail.

(49) T. GIRAUD, *Le droit à la déconnexion*, *Juris associations*, 2017, n° 552, p 26.

modalités de son droit à la déconnexion (50), etc. Alors que l'employeur est celui qui définit la charge de travail, il pourrait se libérer de son devoir de déconnexion, en respectant son obligation de formation et ainsi faire reposer sa responsabilité sur les salariés. Finalement, en occultant les questions portant sur le temps de travail et sur la charge de travail, on peut se demander si le législateur ne s'est pas éloigné de son objectif, l'effectivité du droit au repos à l'ère du numérique.

Bibliographie

- BIDET A. - PORTA J., *Le travail à l'épreuve du numérique*, *Revue de droit du travail*, 2016, p 328;
- BOURGEOIS M.B. - TOURANCHET L. - ALAS-LUQUETAS X., *Le droit à la déconnexion*, *La Semaine Juridique, Édition Sociale*, 2017, n. 24, 1199, p. 1;
- FAVENNEC-HÉRY F., *Qualité de vie au travail et temps de travail*, *Droit social*, 2015, p. 113;
- GRATTON L., *Révolution numérique et négociation collective*, *Droit social*, 2016, p. 1050;
- IZARD S., *Le droit de se connecter en toute liberté!*, *Semaine Sociale Lamy*, 2017, n° 1755;
- LOISEAU G., *La déconnexion. Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées*, *Droit social*, 2017, p. 463;
- MATHIEUC. - PÉRETIÉ M.M. - PICAULT A., *Le droit à la déconnexion, une chimère?*, *Revue de droit du travail*, 2016, p. 592;
- PONTIF V., *«Transformation numérique et vie au travail»: les pistes du rapport Mettling*, *Revue de droit du travail*, 2016, p. 185 ;
- RAY J.E., *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion : le droit à la vie privée du XXIème siècle*, *Droit social*, 2002, p. 939 ;
- RAY J.E., *Actualité des TIC – Tous connectés, tout le temps ?*, *Droit social*, 2015, p. 516 ;
- RAY J.E., *Grande accélération et droit à la déconnexion*, *Droit social*, 2016, p. 912 ;
- RAY J.E., *Droit à la déconnexion : un nouveau thème de négociation décrypté par J.-E. Ray*, *Liaisons sociales quotidien*, 1^{er} décembre 2016, p. 1.

(50) C. MATHIEU, *Le droit à la déconnexion : une chimère ? Pas de droit à la déconnexion (du salarié) sans devoir de déconnexion (de l'employeur)*, *Revue de droit du travail*, 2016, p 592.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Il diritto alla disconnessione
nella prospettiva italiana e comparata**

ROSA DI MEO
Università Politecnica delle Marche

vol. 3, no. 2, 2017

ISSN: 2421-2695





Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata

ROSA DI MEO

Università Politecnica delle Marche
Dottoranda di ricerca in Management and Law
r.dimeo@pm.univpm.it

ABSTRACT

A few months after the Loi Travail of the 2016, Italian parliament also intervened to foresee the disconnection from technological instruments that make it possible job performance. However, unlike French legislature, Italian language doesn't expressly express the disconnection as a right, so it's necessary to analyze the French legislation for understand the differences between a different type of data offered by the Italian parliament. Paper analyze others questions around a not referenced at the disconnection as right in order to allow a "real" work-life balance and prevent that disconnection from being modulated on downtime of the company and not the employees. In this perspective the paper hopes for an intervention of collective bargaining and a new possible applications of article 2087 c.c.

Keywords: diritto di disconnessione; ordinamento francese; ruolo dei contratti collettivi; art. 2087 c.c.

Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il diritto alla disconnessione in Francia. - 3. La disconnessione italiana nella l. n. 81/2017: un diritto?. - 3.1. Nodi problematici della norma e prospettive *de jure condendo* della disciplina. - 4. Le prime applicazioni della disconnessione.

1. Introduzione

L'introduzione di nuove tecnologie digitali ed informatiche nei luoghi nei quali viene resa la prestazione è stata, come noto, in grado di modificare sensibilmente l'organizzazione del lavoro.

In un frenetico cambiamento del modo di rendere la prestazione lavorativa, l'utilizzo di strumenti tecnologici quali internet, posta elettronica e tutti gli altri strumenti di collegamento tra datore di lavoro e dipendente si presenta come un'arma a doppio taglio per il lavoratore, perché se da un lato consente una più agile e virtuosa forma di flessibilizzazione della prestazione lavorativa in quanto permette ad esempio di lavorare anche in un luogo fisico diverso rispetto a quello dell'azienda (nell'ottica della tutela di *work-life balance*) o di lavorare in gruppo (1), dall'altra, però, la quasi completa

* Una sintesi di questo saggio è stata presentata al convegno “*Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*”, Università di Brescia, 12 – 13 Ottobre 2017.

(1) Sino a qualche anno fa la forma più avveniristica di svolgimento dell'attività di lavoro era il telelavoro, figura che combinava la delocalizzazione geografica con l'introduzione di nuove tecnologie. Per approfondimenti si v. GAETA L. - PASCUCCI P., *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998. Sui vantaggi per i lavoratori e per i datori di lavoro derivanti dall'impiego “agile” della prestazione lavorativa si v. il recente contributo di PASQUARELLA V., *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il jobs act?*, RIDL, 2017, 1, p. 41 ss., che scrive: “sono abbastanza evidenti i benefici per i lavoratori, anche in termini di migliore equilibrio tra vita professionale e vita familiare, di un lavoro a distanza facilitato dalle tecnologie informatiche e telematiche, attraverso le quali è possibile valicare i tradizionali confini fisici e logistici dell'ufficio. Non c'è dubbio, infatti, che lavorare da casa - o comunque in modo mobile e flessibile - costituisca un grande vantaggio per chi durante la giornata ha impegni vincolati alla famiglia (...). Né si possono trascurare le convenienze di questa opzione di organizzazione del lavoro *a latere datoris*, non solo in termini di risparmio sui costi e di flessibilità organizzativa, ma anche di maggiore motivazione dei dipendenti e, quindi, di incremento della produttività”. La stessa A., inoltre, sottolinea che il modello dell'*home-based working* può svolgersi con due modalità: la prima, quella *off-line* (ossia quella priva di collegamento telematico con l'azienda) è quella che meglio consente il raggiungimento dell'obiettivo di *work-life balance*, perché consente una determinazione preventiva di fasce orarie e di reperibilità; la seconda modalità, quella *on line*, “consente quasi esclusivamente di risparmiare i tempi di pendolarismo”. In buona sostanza la prima modalità necessita di una determinazione preventiva della disconnessione.

smaterializzazione dei concetti di luogo e di orario di lavoro per l'esecuzione di alcune prestazioni lavorative porta con sé il fondamentale rischio di essere *always on* (2), sempre connessi con il datore (3), con la conseguenza che occorre delineare i confini di tale flessibilità spazio-temporale e individuare con auspicabile chiarezza i limiti di esigibilità della prestazione tali da consentire una "reale" conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro.

È in questo scenario che da qualche tempo si discute di diritto alla disconnessione.

Con tale espressione si intende il diritto del lavoratore alla irreperibilità, a non essere cioè soggetto a richieste e sollecitazioni per via telematica provenienti dal datore di lavoro al di fuori dell'orario massimo di lavoro; è, in altri termini, il diritto «a potersi disconnettere (in senso figurato) dalle tecnologie che ne consentono la rintracciabilità senza interruzioni, cancellando il tempo dedicato al lavoro dal tempo dedicato alle attività altre, senza subire ripercussioni sul piano retributivo e sulla prosecuzione del rapporto di lavoro» (4).

Lungo questa direzione, il primo Paese europeo a teorizzare e a regolamentare il diritto alla disconnessione è stato la Francia⁵.

(2) Per maggiori approfondimenti si v. KRAUSE R., *"Always-on" - The collapse of the work-life-separation*, Relazione alla quindicesima conferenza di commemorazione al prof. Marco Biagi, *Digital and Smart Work*, Modena, 20-21 marzo 2017, il cui testo è disponibile sul sito <http://www.fmb.unimore.it/on-line/home/eventi/convegni/articolo5338.html>.

(3) POLETTI D., *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, 1, p. 9, sostiene che recenti indagini svolte negli Stati Uniti hanno rivelato che il tempo impiegato dai lavoratori per leggere la mail al di fuori dell'orario di lavoro supererebbe addirittura il tempo delle ferie, con punte particolari riguardanti i cc.dd. *millennials*, che in alcuni casi hanno dichiarato di svegliarsi di notte per controllare la mail di lavoro. I dati sono tratti da Saas Enterprise Service Management Samanage e corrispondono agli esiti di un sondaggio svolto nell'aprile 2016, secondo il quale un lavoratore su tre controlla la posta elettronica almeno un'ora al giorno al di fuori dell'orario d'ufficio, per un totale di più di un mese di lavoro straordinario all'anno. Uno su cinque degli intervistati si sveglia spesso per farlo durante la notte e, tra i «millennials», la percentuale sale al 40%.

(4) POLETTI D., *Il c.d. diritto alla disconnessione, cit.*, p. 7, la quale chiarisce che il diritto alla disconnessione non si sostanzia di certo con il diritto a "stare *off line*", ma piuttosto come il diritto a rimanere in rete in modo selettivo. Per un collegamento tra disconnessione e *privacy* si v. il recente contributo di CRISCIUOLO C., *Il controllo sugli account di posta elettronica e di messaging aziendale*, in *RIDL*, 2017, p. 284 ss., spec. a p. 292, la quale precisa che "essendo sempre reperibili sul cellulare (...) il limite tra il "personale" ed il "lavorativo" diviene sempre più labile".

(5) Anche in altri Paesi si discute di disconnessione; in Spagna, ad esempio, il Psoc (partito socialista) e altri partiti dell'opposizione, quali l'UP, attraverso due sollecitazioni del 7 e del 27 marzo 2017, ha fatto richiesta per approvare una legge sulla disconnessione fuori dall'orario di lavoro. Sulla scorta del disposto di cui all'art. 40, co. 2, della Costituzione

2. Il diritto alla disconnessione in Francia

A partire dal 1° gennaio 2017 la disconnessione è divenuto diritto in Francia.

Per la verità la norma traccia i contorni di un diritto già noto alla cultura giuridica d'oltralpe; a partire dal 2002, infatti, un Autore ha teorizzato e definito il diritto alla disconnessione come «il diritto alla vita privata del ventunesimo secolo» (6).

Nell'ambito di una discussione intorno alla qualificazione di tale tempo di disconnessione, in bilico tra orario di lavoro e tempo libero (7), fondamentale è stata la concreta sperimentazione aziendale del diritto, e al primo caso di regolamentazione del 2011, quello della Volkswagen (8), sono seguiti altri “esperimenti” in Germania (9), in Gran Bretagna (10) e persino

spagnola (che impone una tutela della sicurezza e dell'igiene sui luoghi di lavoro e di garantire il riposo necessario mediante la limitazione della giornata lavorativa, diritto da attualizzare nell'era delle nuove tecnologie) e della Carta sociale europea (che, parimenti, stabilisce il diritto ad una limitazione della giornata lavorativa sulla base del fatto che l'eccessivo lavoro comporta un rischio per la salute dei lavoratori), il partito ritiene che “*es necesario reconocer el derecho a desconectar con el objetivo de respetar las jornadas pactadas y remuneradas, y combatir el estrés que provoca el alargamiento camuflado de la jornada laboral*” e che “*es importante destacar que la necesidad de defender algo tan básico como es el respeto de períodos de descanso adecuados y las jornadas pactadas es una consecuencia más de la aplicación de una reforma laboral injusta que desequilibró la relación laboral en favor del/ de la empresario/a, porque aunque no hay obligación de trabajar fuera del horario laboral, este tiene, gracias a la reforma laboral, más herramientas para modificar las condiciones de trabajo de forma unilateral, lo que lleva irremediamente a la desprotección y a un incremento de la vulnerabilidad de los trabajadores y trabajadoras*”. A tali proposte il Ministro del lavoro e della sicurezza sociale spagnolo ha risposto che “*el gobierno está estudiando la posibilidad de una regulación que reconozca el derecho de los trabajadores al a la “desconexión digital” de su empresa, una vez finalizada su jornada laboral*”. Il testo delle proposte è disponibile sul sito http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-125.PDF, p. 9 e ss. e in http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-139.PDF, p. 5 ss. e delle risposte su <http://www.europapress.es/economia/noticia-gobierna-estudia-regular-derecho-desconexion-laboral-20170327122652.html>

(6) RAY J. E., *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIème siècle, Droit social*, 2002, p. 939.

(7) Per approfondimenti sulle nozioni di “tempo libero” e sulla tutela costituzionale dello stesso si v. OCCHINO A., *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010, p. 7 ss.

(8) Azienda che, parallelamente alla Syntex (che nell'accordo del 1 aprile 2014 ha previsto il dovere di disconnessione per oltre 900.000 dipendenti), ha sospeso le comunicazioni sui *device* professionali dalle 18.15 alle 7 del mattino successivo; si v. KRAUSE R., “*Always-on*”, *cit.*, p. 13.

(9) Ancora CRISCIUOLO C., *Il controllo*, *cit.*, p. 292 fa l'esempio della Bmw, che conteggia il tempo che i dipendenti spendono nel rispondere alle mail fuori dall'orario di lavoro stabilito nel contratto e lo tramutano in uno “sconto” sull'orario lavorativo. Alla Daimler, addirittura, le mail ricevute dal dipendente dopo un certo orario si autodistruggono. Si v., ancora KRAUSE R., “*Always-on*”, *cit.*, p. 13.

oltre oceano; anche in Francia la questione era già stata affrontata da alcune aziende prima del suo riconoscimento legislativo, quali Areva, Axa France, La Poste e il gigante francese delle telecomunicazioni Orange.

Nel settembre del 2015 proprio il vicedirettore e responsabile delle risorse umane di Orange, Bruno Mettling, ha presentato il suo rapporto intitolato “*Transformation numérique et vie au travail*” (11), su incarico dall’allora Ministro del Lavoro François Rebsamen.

Nella relazione si chiedevano «*modifications limitées mais indispensables, de notre cadre juridique*» (12), al fine di disciplinare i maggiori impatti creati dall’introduzione di nuove tecnologie nell’impresa, così come si chiedeva espressamente il riconoscimento legislativo di un diritto alla disconnessione, per permettere al lavoratore di non rispondere alle sollecitazioni provenienti dal suo datore di lavoro al di fuori dell’orario di lavoro senza ricevere una sanzione disciplinare o altre ripercussioni sul rapporto di lavoro (13).

Tale riconoscimento è poi avvenuto per mezzo della loi n. 2016-1088 del 8 agosto 2016 (la c.d. *Loi Travail* o *El-Khomri*, dal nome del Ministro del Lavoro *pro tempore*), che ha modificato l’art. 2242-8 del *Code du Travail* e ha previsto al co. 7 il diritto alla disconnessione.

Nella nuova norma non si fornisce una definizione di disconnessione, ma il codice francese la qualifica *expressis verbis* quale diritto, a differenza della legge italiana che invece sul punto non fornisce alcuna qualificazione giuridica, come vedremo *infra*.

Per quel che concerne invece le modalità operative del diritto, la norma prevede una duplice possibilità: il co. 7 dispone infatti che il datore di lavoro di un’impresa che occupi più di cinquanta dipendenti sia obbligato a prevedere il diritto alla disconnessione nel contratto collettivo aziendale.

(10) La Price Minister ha invece previsto la sospensione della messaggistica aziendale al dichiarato scopo di favorire lo scambio verbale tra colleghi. Per approfondimenti si rinvia a <http://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/amministrazione-del-personale/quotidiano/2016/09/05/lavoro-agile-tra-diritto-alladisconnessione/indennita-e-incentivi>.

(11) METTLING B., *Transformation numérique et vie au travail*, in www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf.

(12) P. 9 della Relazione.

(13) All’accento posto in più passaggi sul benessere dei lavoratori, perché essere sempre collegati «rappresenta un rischio per la salute dei dipendenti», nel rapporto si associa un’attenzione particolare alla produttività aziendale: è infatti possibile leggere che coloro «che rispettano l’equilibrio tra lavoro e vita privata sono molto più produttivi degli altri», e che pertanto l’ininterrotto uso dei dispositivi elettronici diminuisce l’efficienza aziendale. Si v. p. 19.

In difetto di tale accordo il datore di lavoro deve prevedere il diritto in una *charte* previa consultazione del *comité d'entreprise*, o, in mancanza di tali organismi in azienda, con i rappresentanti dei lavoratori.

Detta *charte* deve definire le modalità di esercizio del diritto alla disconnessione e prevedere per il personale addetto alla sorveglianza dei lavoratori corsi di formazione e di sensibilizzazione su un uso *raisonnable* degli strumenti digitali di controllo della prestazione lavorativa.

Una gestione e una regolamentazione, dunque, concertata e condivisa tra datore e sindacati, i quali assumono un ruolo attivo nella concreta definizione nelle modalità operative del diritto, vincolati solo nel fine legislativamente previsto, ossia il diritto al riposo e al godimento della vita personale e familiare; nel preambolo al progetto di legge che ha poi modificato la norma del codice del lavoro francese veniva infatti specificato, tra l'altro, che la norma «crea un nuovo elemento di negoziazione sulla qualità della vita sui luoghi di lavoro e sulle modalità di esercizio del diritto alla disconnessione» (14).

Nonostante l'espreso riconoscimento del diritto, però, la norma presenta una pluralità di criticità, già prontamente evidenziate dalla dottrina francese, che ne limiterebbero di fatto l'esercizio (15).

In particolare, il rinvio alla contrattazione collettiva sarebbe limitato sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo.

Per quel che concerne il primo aspetto, come già accennato, la norma non si applica a tutte le aziende (e dunque a tutti i lavoratori) perché si fa espreso rinvio alle sole imprese occupanti più di cinquanta dipendenti o comunque alle imprese che comprendono una o più sezioni sindacali delle organizzazioni più rappresentative. Abbastanza curiosamente inoltre, il legislatore francese non contempla tra i soggetti abilitati a definire le modalità di esercizio della disconnessione il comitato per la salute, la sicurezza e le

(14) Nel progetto di legge è infatti possibile leggere che «l'article 25 crée un nouvel item de la négociation relative à la qualité de vie au travail, portant sur les modalités d'exercice du droit à la déconnexion. Il est aujourd'hui important que la négociation collective prenne en compte les contraintes que font peser sur les salariés les outils numériques qui sont mis à leur disposition par l'employeur. Il s'agit notamment de garantir l'effectivité du droit au repos». Per approfondimenti si v. https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=D775062BF46D6679DA4D6AE1AA81C92D.tpdila08v_1?idDocument=JORFDOLE000032291025&type=expose&typeLoi=&legislature, p. 14.

(15) Tale da chiedersi, sia pure in forma retorica, se il diritto alla disconnessione altro non sia che “*une chimère*”. Si v. MATHIEU C., *Le droit à la déconnexion: une chimère?*, in *Revue de Droit du Travail*, 2016, Octobre, p. 592 ss.

condizioni di lavoro (CHSCT), un organismo il cui compito precipuo è proprio quello di tutelare i lavoratori rispetto ai rischi derivanti dalla prestazione di lavoro, fra i quali rientra certamente anche un aumento dello stress derivante dalla *iper-connessione*.

Sul punto, il silenzio del legislatore francese è stato quindi interpretato come un ostacolo al concreto affermarsi del diritto, anche perché l'organismo *de quo* ha il potere di ottenere la sospensione dell'efficacia del provvedimento del datore di lavoro, con la conseguenza che l'esclusione di questi soggetti dal novero di coloro che sono abilitati alla regolamentazione concreta del diritto di fatto "paralizzerebbe" il funzionamento dell'organismo medesimo.

Per quel che concerne invece il profilo oggettivo, sembra che una corretta e completa comprensione del diritto alla disconnessione passi attraverso l'analisi dell'istituto del "tempo di lavoro", in quanto si tratta in fondo di bilanciare orario di lavoro e orario di non-lavoro; nel progetto della legge francese del 2016 si afferma esplicitamente che è attraverso il riconoscimento del diritto di disconnettere che si garantisce "l'efficacia del diritto al riposo". Da ciò la domanda: sarà la disconnessione a dirci se è stato rispettato l'orario di lavoro? Empiricamente sarà il tempo di non lavoro a fornirci *a contrario* una definizione concreta dell'orario di lavoro, ma occorre individuare i limiti della disciplina al fine di sottrarre al datore di lavoro e al legislatore la completa disponibilità dell'istituto dell'orario.

In particolare, il legislatore europeo ha fornito già a partire dalla Dir. 93/104/CEE del 23 novembre 1993 alcune definizioni di orario di lavoro, di periodi di riposo e, a partire dalla Dir. 2003/88/CE del 4 novembre 2003 (16) (che ha assorbito la normativa precedente), persino di "riposo adeguato" all'art. 2, par. 1; nella direttiva si definisce l'orario di lavoro come "qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni" (n. 1); per periodo di riposo, invece, si intende "qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro" (n. 2), e per riposo adeguato si intende il «fatto che i lavoratori dispongano di periodi di riposo regolari, la cui durata è espressa in unità di tempo, e sufficientemente lunghi e continui per evitare che essi, a causa della

(16) Entrambe le direttive sono state aspramente criticate dalla dottrina. Tra tanti, si v. LECCESE V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001, p. 180, che in considerazione dei numerosi rinvii in funzione derogatoria ai contratti collettivi sostiene che tali deroghe "consentono in taluni casi di determinare una vera e propria disapplicazione della disciplina"; definisce tale normativa "schizoide" FENOGLIO A., *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, ESI, Napoli, 2012, p. 6.

stanchezza, della fatica o di altri fattori che perturbano l'organizzazione del lavoro, causino lesioni a sé stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute, a breve o a lungo termine» (n. 9).

Occorre precisare che già durante la vigenza della direttiva del 1993 era intervenuta anche la Corte di Giustizia la quale, a più riprese, ha affermato che le disposizioni in materia di periodi minimi di riposo «costituiscono norme della normativa sociale comunitaria che rivestono importanza particolare e di cui ogni lavoratore deve poter beneficiare quale prescrizione minima necessaria per garantire la tutela della sua sicurezza e della sua salute» (17), e, con un approccio simile, il diritto francese ha definito il tempo di lavoro effettivo come «*le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles*» (art. L. 3121-1 del *Code du Travail*).

La Corte di Cassazione francese ha inoltre precisato che il tempo di riposo è un tempo che «*suppose que le salarié soit totalement dispensé directement ou indirectement, sauf cas exceptionnels, d'accomplir pour son employeur une prestation de travail même si elle n'est qu'éventuelle ou occasionnelle*» (18); la Suprema Corte francese inoltre riconosce implicitamente un diritto alla disconnessione già in una sentenza del 17 febbraio 2004, quando afferma che «*le fait de n'avoir pu être joint en dehors des horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif*» (19), e precisa che il mancato rispetto dei periodi di riposo provoca necessariamente un danno al lavoratore, con la conseguenza che il diritto alla disconnessione pare essere configurabile quale naturale *pendant* del rispetto del diritto ad un adeguato riposo.

(17) Così CGUE 7 settembre 2006, n. 484, C-484/04 al punto 38, che richiama alcuni suoi precedenti in materia di orario di lavoro e precisa che «l'obiettivo principale della direttiva 93/104, che ha lo scopo di proteggere in modo efficace la sicurezza e la salute dei lavoratori, ognuno di essi deve, in particolare, beneficiare di periodi di riposo adeguati che, oltre ad essere effettivi, consentendo alle persone interessate di recuperare la fatica dovuta al lavoro, devono anche rivestire un carattere preventivo tale da ridurre il più possibile il rischio di alterazione della sicurezza e della salute dei lavoratori che l'accumulo di periodi di lavoro senza il necessario riposo può rappresentare (sentenza Jaeger, cit., punto 92)». Per il testo v. http://www.olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=10750:co-rte-di-giustizia-ce-07-settembre-2006-n-484-c-48404-tutela-della-sicurezza-e-della-salute-dei-lavoratori-direttiva-93104ce-organizzazione-dellorario-di-lavoro&catid=21&Itemid=138.

(18) Soc, 10 juillet 2002, n° 00-18452, Bull V n° 238; la sentenza è consultabile in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046364&fastReqId=57698317&fastPos=1>.

(19) Soc, 17 février 2004, n° 01-45889, Inedita. Per consultare il testo cfr. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007473856>.

Occorre pertanto valutare se il riconoscimento espresso del diritto sia idoneo a raggiungere l'obiettivo espressamente dichiarato, ossia quello di meglio conciliare tempi di lavoro e di non lavoro.

A parere di chi scrive il legislatore francese ha soltanto riconosciuto espressamente il diritto alla disconnessione, ma senza aver raggiunto gli obiettivi enunciati.

I termini della questione sono tutti riassumibili nel complicato e delicatissimo rapporto tra legge e contrattazione collettiva, nel diritto francese come in quello italiano, che analizzeremo *infra*.

Se il diritto ad essere disconnessi in alcune ore della giornata costituisce solo una versione moderna del diritto ad un adeguato riposo (di derivazione comunitaria), allora il legislatore non è completamente libero di affidare alla contrattazione collettiva la concreta definizione delle modalità operative di tale diritto, a maggior ragione alla contrattazione aziendale, potenzialmente nello scenario odierno più sensibile alle concrete esigenze datoriali rispetto a quella nazionale, con la conseguenza che il legislatore sembra aver attribuito ai contratti collettivi di secondo livello un potere di cui neanche egli può disporre.

Non è lo strumento, ossia il rinvio, a preoccupare; ciò che desta alcune perplessità è il fatto che il legislatore si sia limitato ad una mera enunciazione del diritto, senza prendere posizione sul concreto *modus operandi* dello stesso e senza delinearne le linee essenziali nell'ambito della disciplina dell'orario di lavoro, riservando alla contrattazione aziendale uno spazio di deroga *in melius* rispetto a quella legale per meglio adattare il contenuto effettivo della disconnessione alla realtà delle imprese francesi.

Non è forse superfluo ricordare che la Costituzione francese, all'art. 34 stabilisce che «la legge determina i principi fondamentali (...) del diritto del lavoro» (20), nel quale certamente rientra la disciplina dell'orario di lavoro, e pertanto ci si sarebbe aspettati una concreta presa di posizione del legislatore sul punto, attraverso la definizione delle linee fondamentali del diritto.

Essendo così formulata, la norma è inoltre foriera di ulteriori effetti giuridici, che pongono questioni ermeneutiche di non secondario rilievo; ad esempio ci si può chiedere se, nelle imprese che occupino meno di cinquanta dipendenti, i lavoratori non abbiano alcun il diritto di disconnettersi, oppure cosa accada in difetto di una regolamentazione delle parti sul punto, oppure ancora se la regolamentazione, pur esistente, sia inadeguata a garantire il diritto

(20) Art. 34 Costituzione francese del 4 ottobre 1958, così come modificata nel 2008.

al riposo effettivo, con il concreto rischio che il diritto alla disconnessione potrebbe essere calibrato sul tempo di non-attività dell'azienda e non sul tempo di non lavoro del dipendente (21), problemi questi riproponibili nello scenario italiano, ove addirittura il legislatore del 2017 non qualifica neppure la disconnessione come diritto.

Concludendo sul punto è possibile affermare che con la *Loi Travail* del 2016 il legislatore francese abbia soltanto timidamente esplicitato un diritto che è già *in nuce* nella disciplina dell'orario di lavoro, con la conseguenza che la doppia limitazione soggettiva ed oggettiva (cui abbiamo accennato) dismetta i poteri attribuiti dall'art. 34 della Costituzione al legislatore medesimo, che avrebbe dovuto stabilire almeno i principi fondamentali del diritto alla disconnessione, e invece attraverso il meccanismo della delega alla contrattazione aziendale si è liberato dell'obbligo costituzionale di regolamentare nelle sue linee essenziali un diritto di cui egli stesso non è completamente libero di disporre per vincolo derivante dall'Unione Europea.

3. La disconnessione italiana nella l. n. 81/2017: un diritto?

A pochi mesi di distanza dalla *Loi Travail* anche il legislatore italiano è intervenuto in materia di disconnessione.

A differenza della normativa francese, però, il retroterra del d.d.l. n. 2233/16 non è contrassegnato da contratti collettivi che in via sperimentale avevano già disciplinato il diritto alla disconnessione, pur essendovi accordi in materia di *Smart Working* (22) e pertanto il ruolo dei sindacati sul punto non può che cogliersi in prospettiva *de jure condendo*.

Con la legge n. 81 del 2017 è stato approvato il disegno di legge n. 2233 (23), che all'art. 19, co. 1 prevede espressamente che «l'accordo relativo alla

(21) Problema già sollevato da MOREL L., *Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l'effectivité du droit au repos à l'ère du numérique*, LLI, vol. 3, n. 2, p. 3 ss.

(22) *Ex plurimis* si v. l'accordo Nestlè del 12 ottobre 2012, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti, nel quale al punto 3 si precisa che “il lavoratore si impegna (...) a poter essere contattato, via e-mail o telefonica tramite IP Communicator/Voip ovvero cellulare aziendale se provvisto per la posizione durante il normale orario di lavoro giornaliero”. Con questo esplicito rinvio all'orario di lavoro giornaliero, già l'accordo del 2012 consente di ricavare per via interpretativa il diritto alla disconnessione, perché se il lavoratore è tenuto ad essere contattabile durante l'orario di lavoro, allora *a contrario* si deduce che al di fuori del suddetto orario non sarà tenuto a mantenere un contatto con il proprio supervisore.

(23) “Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato”, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 135 del 13 giugno 2017.

modalità di lavoro agile (...) individua (...) i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche».

Emerge già *ictu oculi* che, come accennato, a differenza della legge francese il legislatore italiano non qualifica espressamente quello alla disconnessione come diritto; per la verità sembra che il legislatore italiano abbia fatto un passo indietro rispetto al progetto originario.

Nella relazione al d.d.l. n. 2229/16 (24), infatti, l'on. Sacconi chiariva che si intendeva introdurre il «il cosiddetto diritto alla disconnessione dagli strumenti tecnologici di lavoro senza che questo però possa comportare effetti sulla prosecuzione del rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi» (25); all'art. 3, co. 7, era pertanto previsto che «il lavoratore ha diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche di lavoro senza che questo possa comportare, di per sé, effetti sulla prosecuzione del rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi» (26).

Nella sua originaria formulazione, dunque, la disconnessione veniva espressamente qualificata come “diritto”, solo che in sede di conversione e modifica, il disegno di legge n. 2229 è stato assorbito dal successivo disegno di legge n. 2233 che invece all'art. 16 prevedeva il testo poi divenuto definitivo.

Occorre dunque domandarsi *se* vi siano e *quali* siano le conseguenze dell'elisione del riferimento alla disconnessione quale diritto.

A parere di chi scrive, a dispetto del mancato riferimento al diritto, si tratta di norma imperativa che abbisogna tuttavia di eterointegrazione da parte della contrattazione, non solo e non tanto individuale (come invece è previsto nel corpo della norma, che rinvia espressamente alla contrattazione individuale), bensì collettiva.

(24) Significativamente intitolato *Adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale* e poi successivamente assorbito e modificato dal disegno di legge n. 2233. Sul diritto alla disconnessione, così come previsto nel ddl n. 2229 si v. ROTA A., *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli, 2017, p. 172.

(25) Testo consultabile sul sito <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/46460.pdf>, p. 8.

(26) Testo consultabile sul sito <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/46460.pdf>, p. 10.

È stato inoltre proposto un emendamento, poi ritirato, il quale prevedeva che “è riconosciuto al lavoratore il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati. Il ricorso alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi”. Si v. la fonte appena citata a p. 155.

Come abbiamo avuto già modo di osservare in merito alla disciplina francese, se il diritto ad essere disconnessi deriva dalla disciplina generale dell'orario di lavoro, è in tale istituto che dobbiamo trovare le risposte a domande causate dall'imprecisione legislativa, *a fortiori* perché l'ordinamento italiano, a differenza di quello francese, contempla come noto alcune norme costituzionali in materia di durata della prestazione e di riposi (all'art. 36, co. 2 e 3, Cost.).

Tali norme «costituiscono un nucleo omogeneo e complessivamente volto a perseguire un medesimo, ancorché composito, fine: garantire la tutela della persona, attraverso la sua salute e la sua vita relazionale, nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro subordinato» e costituiscono il fulcro della normativa in materia «proiettandosi nell'insieme in una prospettiva non solo di protezione del lavoratore dall'usura derivante dall'eccessivo lavoro, ma anche di garanzia del cosiddetto tempo di non-lavoro, necessario per il recupero delle sue energie e per la cura dei propri interessi personali» (27).

Gli stessi interessi, a ben vedere, posti a fondamento del rapporto Mettling che concludeva, come visto, con l'invito ad introdurre il *diritto* alla disconnessione.

In tale ottica di tutela, dunque, l'ordinamento costituzionale italiano si spinge ben oltre quello francese (che impone, come detto, una determinazione legislativa dei soli principi fondamentali in materia di diritto del lavoro), prevedendo che “la durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge” (art. 36, co. 2, Cost.); non una fissazione diretta ma una riserva di legge, per evitare da un lato una pre-determinazione della giornata lavorativa per via costituzionale che sarebbe avulsa dalle peculiarità dei vari contesti e attività produttive e, dall'altro, una riserva che permetta al legislatore, attraverso una regolamentazione del “polifunzionale” (28) istituto dell'orario di lavoro, di perseguire obiettivi ulteriori quali, ad esempio, la protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore (29).

(27) Così LECCESE V., *L'orario di lavoro, cit.*, pp. 21-22.

(28) Parla di “polifunzionalità” LECCESE V., *L'orario di lavoro, cit.*, p. 30.

(29) SCOGNAMIGLIO R., *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, SCOGNAMIGLIO R. (ricerca diretta da), Franco Angeli, 1978, p. 87 ha evidenziato che “la competenza regolativa della legge sta a rappresentare il riconoscimento dell'interesse generale a che la giornata lavorativa (la sua durata) sia contenuta entro un limite massimo inderogabile”. Sottolinea ancora LECCESE V., *L'orario di lavoro, cit.*, p. 29, che “il progressivo spostamento dell'attenzione degli interpreti su due elementi diversi dal limite temporale (giornaliero) e, in particolare, sulle manovre legislative e contrattuali volte, da un lato, a rivalutare la libertà del singolo nella scelta dei propri tempi di lavoro e, dall'altro, ad introdurre strumenti di riorganizzazione e flessibilizzazione temporale

L'art. 19, co. 1, l. n. 81/2017, dunque, a dispetto dell'elisione dal testo del riferimento al "diritto", prevede un diritto i cui titolari sono i lavoratori che si servono di apparecchiature e strumenti tecnologici per rendere la propria prestazione lavorativa.

3.1 Nodi problematici della norma e prospettive *de jure condendo* della disciplina

L'art. 18, co. 1, norma di apertura del Capo II, dispone che per lavoro agile si intende una particolare «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato» e pertanto anche se la prestazione lavorativa viene svolta «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro (e) con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa», emerge in primo luogo la necessità di delineare i limiti di utilizzabilità della prestazione del lavoratore subordinato.

Pur in assenza di "precisi vincoli di orario", è chiaro che il tempo che il lavoratore impiega per rispondere ad es. alle mail o per effettuare telefonate per conto del suo superiore debba essere ricompreso proprio nell'orario di lavoro, ancorché formalmente al di fuori dell'orario dedotto in contratto, perché in tale lasso temporale gli è comunque richiesta una prestazione ed è comunque sottoposto al potere direttivo e disciplinare del datore e non può dedicarsi ad altre attività; di conseguenza le ore in disconnessione dovrebbero equivalere almeno (30) alle ore di riposo giornaliero previsto *ex lege* (art. 7, d. lgs. 66/2003), ossia undici ore consecutive.

In questo senso, l'assenza di «precisi vincoli di orario» di cui alla prima parte del co. 1 dell'art. 18, non starebbe a significare che il datore di lavoro possa sollecitare il proprio dipendente a suo piacimento, perché la norma precisa che «la prestazione lavorativa viene eseguita in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli

della prestazione idonei a soddisfare esigenze produttive, rischia di far passare in secondo piano, se non di porre nell'oblio, quello che –non solo nel progetto del costituente, ma anche nella comune sensibilità- è tuttora uno dei profili essenziali di qualsiasi regolamentazione legislativa in materia". A parere di chi scrive, le considerazioni effettuate dall'A. ormai sedici anni fa sono tutt'altro che invecchiate, nel senso che uno studio che si proponga di approfondire il tema dell'orario di lavoro (comprensivo anche dell'orario di non-lavoro) non può che leggere l'intero fenomeno in prospettiva assiologica, tentando sempre di considerare e contemperare l'interesse alla salute psico-fisica del lavoratore con quello opposto di sfruttamento della prestazione lavorativa in modo da recare una *utilitas* per il datore di lavoro.

(30) In quanto ai contratti individuali e collettivi è sempre riservata la possibilità di derogare *in melius* la previsione legale.

limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva».

Se dunque «la tutela del tempo di non-lavoro e della partecipazione dell'individuo alla vita sociale e collettiva (...) costituisce (...) proprio uno degli obiettivi che le garanzie e i limiti costituzionali (...) sono volti a perseguire» (31), il tempo di disconnessione non rientra nell'orario di lavoro ma nel tempo libero, con la conseguenza che il lavoratore non può subire ripercussioni disciplinari dal datore nel caso di mancata risposta alle mail o di mancata ottemperanza alle direttive impartite durante tali ore della giornata.

La qualificazione della disconnessione quale *diritto al tempo libero* non risolve i problemi generati dall'art. 19, co. 1.

In primo luogo la norma non è “completa”, e pur presentando il carattere dell'imperatività, che emerge dall'utilizzo del verbo “individua” (32), necessita di una eterointegrazione da parte dei contratti non solo individuali ma anche *collettivi*, e ciò per una duplice considerazione: in primo luogo, perché in mancanza di una definizione della disconnessione solo la contrattazione collettiva potrà chiarire le conseguenze giuridiche derivanti dalla mancata o non corretta attuazione del precetto legale e, in secondo luogo, perché la prassi sta opportunamente muovendo i suoi primi passi in questo senso.

Con riferimento al primo profilo vi è un'indicazione legislativa che si ricava dal riferimento al rispetto della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale «derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, co. 1).

Ciò comporta un auspicabile ruolo attivo del sindacato nella predeterminazione di accordi nei quali sia contenuta la regolamentazione delle ore di disconnessione, per evitare che si creino situazioni di irragionevoli disparità di trattamento tra lavoratori che svolgono le stesse mansioni, anche perché in difetto di una regolamentazione collettiva sul punto si genererebbero problemi di non poco rilievo.

Supponiamo infatti che manchi un accordo individuale che regolamenti i tempi di disconnessione, accordo imposto dalla norma.

In tale ipotesi si deve ritenere, come già accennato e come meglio si preciserà, che comunque al lavoratore spettino *ex lege* almeno undici ore consecutive di riposo tra una giornata lavorativa e l'altra; questo comporta che dal momento in cui egli termina la sua giornata lavorativa potrebbe

(31) LECCESE V., *L'orario di lavoro, cit.*, p. 28.

(32) Il legislatore, dunque, non facoltizza le parti in ordine alla previsione della disconnessione, ma ne rende obbligatoria una disciplina sul punto.

eventualmente prestare una sorta di “supplemento della prestazione” (che deve essere retribuita) sino alla undicesima ora precedente l’avvio della giornata lavorativa successiva.

Per il tempo restante dovrebbe essere in disconnessione.

Immaginiamo inoltre un caso ulteriore e supponiamo che l’accordo individuale ci sia, ma non rispetti l’orario predeterminato per legge oppure, ipotesi ancora più complessa, pur prevedendo la disconnessione, questa sia articolata in modo da non assicurarla in concreto, prevedendo ad es. una disconnessione per ore non continuative ma alternate ad ore di connessione.

In queste ipotesi bisogna capire se, ed in che termini, l’accordo individuale sia sindacabile.

Si ritiene che l’accordo individuale di disconnessione sia sindacabile dal lavoratore, che conserverebbe una sorta di *ius poenitendi* nel momento in cui si accerti che le modalità concrete della disconnessione non rispettino la legge (ipotesi più semplice, perché in questo caso potrebbe proporre domanda giudiziale per accertare la violazione normativa) oppure che le modalità operative dell’accordo siano inadeguate ad assicurargli un ristoro psico-fisico che gli consenta di recuperare le proprie energie. Anche in questo secondo caso si configurerebbe a ben vedere una violazione di legge, e non dell’art. 19 della l. n. 81/2017 (perché l’accordo formalmente esiste), bensì dell’art. 2087 c.c., essendo possibile interpretare la disconnessione quale misura preventiva del datore di lavoro per tutelare la personalità fisica e morale del proprio dipendente (33).

(33) «Il controllo della salute dei lavoratori, che rientra tra le misure preventive generalmente imposte, potrebbe acquisire una connotazione ampia, estensibile a rischi non individuati ex ante dal legislatore. Tali misure, infatti, «si prestano ad essere intese come criteri generali dell’intero sistema della sicurezza sul lavoro» (ALBI P., *Art. 2087 c.c. Adempimento degli obblighi di sicurezza e tutela della persona*, Giuffrè, 2008, p. 216) e hanno anche la funzione di integrare e interpretare gli obblighi specificamente indicati nel decreto legislativo n. 81/2008, collocandosi «nella logica della massima sicurezza tecnologicamente possibile» che si ricava dall’articolo 2087 c.c. (PASCUCCI P., *3 agosto 2007-3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Aras, 2011, p. 148 ss.)”. Così VINCIERI M., *Il controllo della salute dei lavoratori: criticità e spunti comparatistici con Francia e Spagna*, DRI, 2017, 2, p. 435. Si v. inoltre MONTANARI A., *Jobs Act e tutela contrattuale della persona: un’involuzione?*, *Europa e diritto privato*, 2016, 3, p. 681, il quale precisa che l’art. 2087 c.c. «sancisce il superamento dell’idea del lavoratore-proprietario di energie lavorative -risalente alla locatio operarum del diritto romano- e consacra l’affermazione del diritto del lavoro pone al centro dell’indagine la persona e offre la conferma sul piano normativo della moderna riconcettualizzazione del rapporto obbligatorio come rapporto complesso, inteso non più nell’accezione romanistica di strumento per l’esclusiva trasmissione di utilità economiche. Ne consegue l’attribuzione al datore di lavoro non solo dell’obbligo di retribuzione, ma anche di quello di salvaguardare l’integrità fisica e la personalità morale del

Nell'ipotesi in cui dunque l'accordo ci sia ma sia inidoneo a tutelare il lavoratore dall'*invadenza* del datore di lavoro, il primo potrebbe agire in giudizio in via preventiva per impugnare l'accordo (34), e in via successiva qualora il datore di lavoro dovesse irrogargli una sanzione disciplinare per la mancata ottemperanza ad ordini e direttive attraverso il grimaldello fornitoci dall'art. 2087 c.c. (35).

In effetti, come abbiamo già avuto modo di analizzare *infra* l'opzione scelta dal legislatore costituzionale in materia di predeterminazione dell'orario di lavoro giornaliero non è stata neutra: l'affidamento al legislatore del compito di fissare la durata massima della giornata lavorativa presenta una stretta connessione con il perseguimento di un interesse primario e generale che consiste nella garanzia, attraverso una tutela preventiva del lavoratore, alla salute e pertanto «la considerazione del fine sotteso al precetto costituzionale dovrebbe confermare la necessità di adoperare massima prudenza nell'esaltazione del valore dell'individualizzazione degli orari. Infatti, le prospettive di flessibilizzazione in sede contrattuale dell'orario nell'interesse del lavoratore, oltre ad indurre (...) ad un'estrema cautela nel valutare la genuinità e la consapevolezza delle scelte del prestatore, non possono prescindere dal fatto che esigenze protettive volute dalla disposizione costituzionale debbono imporsi, almeno sul piano del singolo rapporto di

lavoratore. E quest'aumento d'intensità non cancella, di certo, la valenza della buona fede quale direttiva di condotta delle parti nell'esecuzione dei diversi obblighi scaturenti dal contratto: la specificazione *ex* art. 2087 non esaurisce lo spettro normativo del precetto specificato, sicché la buona fede favorisce la gemmazione degli obblighi accessori in coerenza con il rapporto cui accedono».

(34) Si potrebbe anche pensare di riservare al lavoratore il potere di agire in giudizio tramite la tutela inibitoria per ottenere un provvedimento del giudice che imponga la cessazione di una condotta illecita e, una volta ottenuto il provvedimento, il lavoratore potrebbe agire contro il suo datore di lavoro inottemperante attraverso la norma di cui all'art. 650 c.p.; sulla tutela inibitoria si v., *ex plurimis*, RAPISARDA SASSON C., *Inibitoria*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, IX, 2013, p. 474 ss., spec. p. 486.

(35) Il cui valore di principio generale dell'ordinamento giuridico è stato affermato anche di recente dalla giurisprudenza. Si v., *ex plurimis*, Cass. 30 giugno 2016, n. 13465, la quale richiamando la sua precedente giurisprudenza ha affermato che «l'osservanza del generico obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. impone al datore di lavoro anche l'adozione di misure di sicurezza *innominate* (corsivo ns.), ossia di comportamenti specifici che, pur non dettati dalla legge o altra fonte equiparata, siano suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche, dagli standards di sicurezza normalmente osservati o trovino comunque riferimento in altre fonti analoghe». Per un commento alla pronuncia si v. DULIO R., *L'osservanza dell'obbligo di sicurezza a carico del datore di lavoro impone l'adozione di misure di sicurezza 'innominate'*, *Diritto & Giustizia*, 2016, 36, p. 74.

lavoro, anche contro la volontà dell'individuo, a salvaguardia del diritto costituzionale indisponibile (...) alla salute» (36).

Se ritenessimo sufficiente un accordo individuale nel quale datore e prestatore di lavoro si accordino sulla disconnessione trascureremmo inevitabilmente il rischio di una indiscriminata apertura alle esigenze delle imprese e non dei lavoratori, risolvendosi la disconnessione nel periodo di inattività del datore di lavoro e non del prestatore, con la conseguenza di rendere disponibile per il legislatore e per i singoli un diritto che invece disponibile non è.

Se invece ritenessimo che il diritto alla disconnessione altro non sia, in fondo, che il tempo di non-lavoro 2.0, con tutte le conseguenze che derivano dal rilievo costituzionale di tale tempo come strumentale rispetto alla tutela di altri beni della persona, allora dovremmo concludere che il diritto si muove già nell'ambito della cornice legale della disciplina sull'orario di lavoro, con la conseguenza che il "tempo di connessione" al di fuori dell'orario di lavoro potrebbe coincidere ad es. con il lavoro supplementare o con quello straordinario, garantendo comunque al lavoratore undici ore consecutive al giorno durante il quale egli ha il diritto di non essere in contatto con il proprio datore di lavoro.

Nell'ambito della cornice legale così predeterminata si colloca inoltre il ruolo dei contratti collettivi.

Il d. lgs. n. 66/2003, come sappiamo, rinvia in più punti ai contratti collettivi per la flessibilizzazione dell'orario giornaliero, settimanale e mensile.

Tale modello di flessibilizzazione, sia pur criticato, come abbiamo visto, è ammesso dalla norma costituzionale, che nonostante la riserva di legge contenuta all'art. 36, co. 2 (37), Cost., non impedisce ai contratti collettivi di intervenire (nell'ambito comunque di una predeterminazione legale delle linee generali) (38) prevedendo limiti di durata più contenuti rispetto a quelli

(36) LECCESE V., *L'orario di lavoro, cit.*, pp. 57-58.

(37) In una sua risalente posizione, dubitava della sussistenza di "una vera e propria riserva di legge" BALZARINI G., *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, Cedam, 1965, p. 114.

(38) Ancora LECCESE V., *L'orario di lavoro, cit.*, pp. 59-60 evidenzia che "quel che conta è che sia *la legge* a stabilire, almeno nelle linee generali, le condizioni alle quali tale flessibilità è ammessa e, soprattutto, che *dalla legge* sia pur sempre deducibile un tetto complessivo (eventualmente diversificato, ma) comunque invalicabile dell'orario di lavoro quotidiano. E si deve trattare, ovviamente, di un limite rispettoso delle finalità sottese alla disposizione costituzionale". Si rinvia al testo per gli approfondimenti in merito alla riserva di legge, spec. a p. 61 ss.

disposti dalla legge (derogabilità *in melius*) (39) oppure intervenendo in caso di *supplenza* ad eventuali lacune legislative, come nel caso in esame.

Infatti, alla luce degli obiettivi posti dalla norma costituzionale, nulla impedisce all'autonomia collettiva di intervenire per integrare (40) il precetto legislativo, ma pur sempre nell'ambito di una cornice legale predeterminata, ed è per questo che si ritiene che l'ambito di manovra dell'autonomia privata sia limitata ad uno spazio che intercorre tra le otto e le tredici ore giornaliere (in media), perché comunque l'art. 7, d. lgs. n. 66/2003 impone un riposo di almeno undici ore consecutive al giorno durante le quali il lavoratore sarebbe in disconnessione già prima e a prescindere dalla norma in commento, con la conseguenza che la mancata osservanza della disposizione oltre a porsi in contrasto con le norme costituzionali, potrebbe inoltre generare un contrasto con quanto disposto dall'art. 2087 c.c.

4. Le prime applicazioni della disconnessione

Pur essendo un tema giovane, la disconnessione ha già conosciuto alcune esperienze applicative, anche se sporadiche, di poco precedenti rispetto all'entrata in vigore della l. n. 81/2017; in primo luogo occorre considerare che, sino ad ora, le applicazioni più rilevanti in materia di *smart working* sono state regolamentate per mezzo di accordi collettivi (spesso aziendali), a conferma non solo della rilevanza del fenomeno, ma anche dell'opportunità che simili aspetti della prestazione lavorativa non vengano affidate solo ai singoli bensì all'intervento dei sindacati.

(39) Sul punto il riferimento è *ex plurimis* a SCOGNAMIGLIO R., *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pp. 87-88, per il quale la riserva di legge contenuta nella norma costituzionale «sta a rappresentare il riconoscimento dell'interesse generale a che la giornata lavorativa (la sua durata) sia contenuta in un limite massimo inderogabile» e precisa che la legge ordinaria «non potrebbe consentire ad essere derogata, ad es. dall'autonomia collettiva, senza porsi in contrasto con il precetto costituzionale». Le considerazioni dell'Autore, pur apparentemente superate dall'entrata in vigore dell'art. 8, l. n. 148/2011 (che consente ai contratti collettivi di prossimità di prevedere deroghe peggiorative alla legge e ai contratti collettivi nazionali), esulano dalla riserva sulla legittimità costituzionale di questa norma (su cui si v. LECCESE V., *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, p. 479 ss.) e non sembrano essere invecchiate, perché nonostante la facoltà derogatoria attribuita ai contratti collettivi «la legge, espressione della volontà generale, non può sottrarsi (a predisporre) un apparato pubblicistico di strumenti e di sanzioni, idonei a garantire l'effettiva osservanza delle sue prescrizioni».

(40) Ciò che invece non è consentito al legislatore è di «spogliarsi dal compito di disciplinare l'oggetto riservato, attribuendolo ad altre fonti, ivi compresa quella negoziale» (LECCESE V., *L'orario di lavoro*, cit., p. 95, nt. 202).

Il primo accordo è quello siglato tra la Barilla e le organizzazioni sindacali il 2 marzo 2015 (41); in tale verbale non si menziona espressamente la disconnessione, ma tra le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa si fa espresso riferimento al «normale orario di lavoro della sede di appartenenza» e si precisa che «durante lo svolgimento dello *Smart working*, nell'ambito del normale orario di lavoro, la persona dovrà rendersi disponibile e contattabile tramite gli strumenti aziendali» (corsivi ns.), a conferma del fatto che, in mancanza di una specificazione legislativa, la disconnessione dovrebbe essere garantita in tutto l'arco temporale che eccede tale orario.

A conferma di quanto detto vi è anche l'accordo Enel del 4 aprile 2017 (42), nel quale vengono precisati alcuni elementi di non poco rilievo: che «il lavoro agile rappresenta una mera variazione del luogo di adempimento della prestazione lavorativa», e non dell'orario di lavoro; che «la giornata in *smart working* è equiparata, a tutti gli effetti di legge e di contratto, ad una giornata di orario normale di lavoro e che il dipendente *durante l'orario di lavoro* (corsivo ns.) è tenuto, tramite gli strumenti tecnologici messi a sua disposizione, ad essere contattabile dal suo responsabile» (43).

Il 7 aprile è stato invece emesso un Decreto presso l'Università dell'Insubria espressamente dedicato alla disconnessione (44); in tale verbale si qualifica espressamente la disconnessione quale diritto a non rispondere a telefonate, e-mail e messaggi provenienti dall'ufficio, applicato in senso tanto verticale bidirezionale (verso i responsabili e viceversa) quanto orizzontale,

(41) Ne sono seguiti molti altri, ad esempio il 6 marzo 2015 è stato stipulato un accordo presso la sede di Torino della General Motors, nel quale al punto g. si chiarisce che nel fruire del modello *Smart working*, i lavoratori devono “nelle ore centrali della giornata, essere raggiungibili telefonicamente o mediante il servizio di messaggistica istantanea aziendale”. Per un elenco aggiornato al 15 giugno 2017 si v. <http://www.fim-cisl.it/smartworking/accordi/>, che riporta anche ulteriori contratti collettivi, quali ad esempio quello sullo *Smart Working* siglato alla Vodafone, nel quale al punto 3.3 si precisa che «il dipendente è tenuto al rispetto dell'orario di lavoro contrattualmente previsto per il proprio inquadramento (...) durante il quale dovrà rendersi disponibile, tramite telefono cellulare e posta elettronica nonché connessione a Lync per la partecipazione attiva alle attività con i colleghi e per ricevere eventuali comunicazioni», ulteriore conferma del fatto che, al di fuori dell'orario di lavoro eseguito in modalità *smart working* il lavoratore è in disconnessione.

(42) http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2017/04/Verbale_di_accordo_-_Smart_Working_4_aprile_2017.pdf

(43) Al punto 1, pag. 2.

(44) <http://www4.uninsubria.it/on-line/home/articolo13821.html>, che ha anche istituito il “Giorno di indipendenza dalle e-mail” ogni tre mesi, ossia il 21 marzo, il 21 giugno, il 21 settembre e il 21 dicembre.

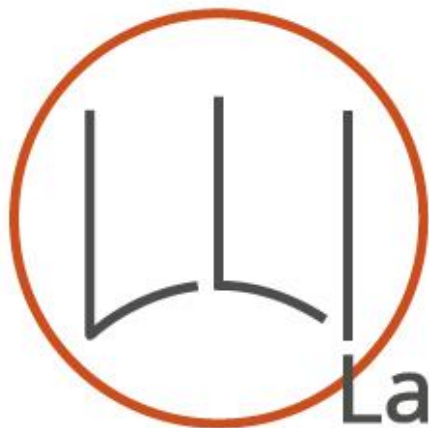
cioè tra colleghi, nella fascia oraria compresa tra le 20.00 e le 7.00 del mattino successivo.

Si fa espressamente riferimento alla disconnessione anche nell'accordo Siemens del 6 giugno 2017, nel quale al punto 1 si è espressamente pattuito che «la connessione alle strumentazioni tecnologiche di lavoro sarà contestuale alle fasce orarie di prestazione lavorativa nell'arco della giornata» (viene confermata anche la media di 40 ore settimanali), con la logica conseguenza che, al di fuori di tale orario, il lavoratore sarà in disconnessione.

In conclusione, si ritiene che nonostante l'imprecisione del dato legislativo la disconnessione, ora espressamente menzionata nei contratti collettivi, ora ricavabile per via interpretativa, non solo vada configurata quale diritto, ma una eterointegrazione del precetto legale per mezzo dei contratti collettivi sia già in corso, in quanto le parti collettive (pur rinviando alcune volte alla pattuizione individuale) si sono rese ben presto conto del fatto che solo l'intervento del sindacato potrebbe essere idoneo a comporre i conflitti derivanti da una disconnessione già esistente ed ora solo legislativamente enunciata.

Bibliografia

- ALBI P., *Art. 2087 c.c. Adempimento degli obblighi di sicurezza e tutela della persona*, Giuffrè, 2008, p. 216.
- BALZARINI G., *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, Cedam, 1965.
- CRISCIUOLO C., *Il controllo sugli account di posta elettronica e di messaging aziendale*, in RIDL, 2017, p. 284 ss.
- DULIO R., *L'osservanza dell'obbligo di sicurezza a carico del datore di lavoro impone l'adozione di misure di sicurezza 'innominate'*, *Diritto & Giustizia*, 2016, 36, p. 74.
- FENOGLIO A., *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, ESI, Napoli, 2012, p. 6.
- GAETA L. - PASCUCCI P., *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998.
- KRAUSE R., *"Always-on" - The collapse of the work-life-separation*, Relazione alla quindicesima conferenza di commemorazione al prof. Marco Biagi, *Digital and Smart Work*, Modena, 20-21 marzo 2017.
- LECCESE V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001.
- LECCESE V., *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in DLRI, 2012, p. 479 ss.
- MATHIEU C., *Le droit à la déconnexion: une chimère?*, in *Revue de Droit du Travail*, 2016, Octobre, p. 592 ss.
- METTLING B., *Transformation numérique et vie au travail*, in www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf.
- MONTANARI A., *Jobs Act e tutela contrattuale della persona: un'involuzione?*, *Europa e diritto privato*, 2016, 3, p. 681.
- MOREL L., *Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l'effectivité du droit au repos à l'ère du numérique*, LLI, vol. 3, n. 2, p. 3 ss.
- OCCHINO A., *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010.
- PASCUCCI P., *3 agosto 2007-3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Aras, 2011, p. 148 ss.
- PASQUARELLA V., *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il jobs act?*, RIDL, 2017, 1, p. 41 ss.
- POLETTI D., *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, 1, p. 9.
- RAPISARDA SASSON C., *Inibitoria*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, IX, 2013, p. 474 ss.
- RAY J. E., *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^{ème} siècle*, *Droit social*, 2002, p. 939.
- ROTA A., *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie, in Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli, 2017, p. 172.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, SCOGNAMIGLIO R. (ricerca diretta da), Franco Angeli, 1978.
- VINCIERI M., *Il controllo della salute dei lavoratori: criticità e spunti comparatistici con Francia e Spagna*, DRI, 2017, 2, p. 435.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Smart Working.
Dialogues between Portugal and Italy**

JOÃO MOREIRA DIAS
University of Porto

vol. 3, no. 2, 2017

ISSN: 2421-2695





Smart Working. Dialogues between Portugal and Italy

JOÃO MOREIRA DIAS

Portuguese Catholic University, Porto

Master in Labour Law

jpmdias.22@gmail.com

ABSTRACT

The digitisation process is changing the way we work. Besides this, we are looking at a slow but profound change in the conception of work, particularly regarding the interests of employees. Considering the implementation of Smart Working in Italy thorough Lavoro Agile regulation, we are going to analyse the Portuguese legal framework, in order to understand if a new regulation is needed or if we can implement Smart Working in Portugal using the interpretative way.

Keywords: Smart Working; Lavoro agile; Digitisation

Smart Working. Dialogues between Portugal and Italy

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Smart Working: concept. – 3. *Lavoro Agile*, the Italian version of Smart Working. – 4. Smart Working and employment contract. – 4.1 Legal subordination vs independent work. – 4.2 Power of management and responsibility for results. – 5. The contract of employment content. – 5.1 Teleworking. – 5.2 Workplace. – 5.3 Working time. – 5.3 Remuneration. – 6. Conclusion.

1. Introduction*

The profusion of Information and Communication Technologies (1) (ICTs), which leads to the liquefaction of social roles, also allows the emergence of new models of work (2). Those models do not imply physical presence in the workplace, which is promoted by digitisation (3), and they constitute a real departure from the recent trend of labour law, marked by flexicurity policies, which in turn were responsible for weakening the position of the employee. This is the case of Smart Working, a new Management paradigm that advocates for the granting of greater autonomy and flexibility to the employee, in choosing the time, place and way of work, as a counterpart of greater accountability for results. Its central element is the appreciation of the person and the promotion work-life balance.

We propose to gauge the legal and labour compatibility of the Smart Working, seeking to see if there are reasons that justify its framing in Portugal. In this analysis of compatibility, we will list the main problems that trigger the labour law constituted and which existing mechanisms allow its application.

* Whenever the legal norm does not mention the regulation, it is presumed that it refers to the Portuguese labour code.

(1) T. COELHO MOREIRA, *A privacidade dos trabalhadores e o controlo electrónico da utilização da Internet*, *QL*, 2010, n. 35-36, pp. 25-35, on how ICTs and the Internet shape and influence business and personal life.

(2) C. TOUMIEUX, *Directive 91/533/EEC and the Development of New Forms of Employment*, in *New Forms of Employment in Europe*, ed. R. Blanpain - Frank Hendrickx, Wolters Kluwer, 2016, pp. 72 ss.

(3) Referring to a digital revolution, supported by internet, cloud computing and new ways of working, T. COELHO MOREIRA, *Algumas questões sobre Trabalho 4.0*, *PDT, CEJ*, Edições Almedina, 2016, II, p. 246.

2. Smart Working: concept

Smart Working (4) is a new management philosophy based on restoring the person the flexibility and autonomy in choosing the workplace, time and instruments to use, in return for higher responsibility for results (5). Flexibility, autonomy and collaboration are assumed as slogans, focusing attention on the person of the employee, who is given greater autonomy in the management of his work (6).

From a management perspective, Smart Working implies the combination of three variables: workplace, technology and behaviour.

As for the former, it is believed that space should be designed in such a way as to provide spaces that optimise the work performance (e.g. open spaces, areas designed to promote teamwork) and that enhance concentration (isolated, calm areas), as well as areas of leisure and rest.

Secondly, the use of technologies should be designed considering the needs and activity of the company and its employees. Since each organization has its characteristics, we cannot suggest a universally applicable model. However, we can give some examples like the creation of internal file-sharing networks, the digitisation of documents (to be accessible anywhere in the world at any time) and the creation of virtual teams (7).

Finally, referring to people and their behaviour, the concern for the well-being of the employee and working conditions stands out. There will have to be a redefinition of how managers, employers and employees communicate with each other. Effective people management (8) can increase productivity. We can also observe a progressive abandonment of vertical work towards horizontal work are underway, affecting the traditional existence of hierarchy

(4) Also known as Agile Working. Cf. The Agile Organisation.*

(5) Smart Working Observatory of Politecnico di Milano.* For a better framing of the theme it is indicated the reading of another study of the Author, J. MOREIRA DIAS, *Smart Working*, in *Los Actuales Cambios Sociales y Laborales*, I, Lourdes Mella Méndez (Dir.), Peter Lang.

(6) M. BIAGI, *Quality of Work, Industrial Relations and Employee Involvement in Europe: Thinking the Unthinkable?*, in *Quality of Work and Employee Involvement in Europe*, M. BIAGI, Kluwer Law International, 2002, pp. 3 ss.

(7) J. PISSARRA, *Equipas Virtuais ou Virtualização do Trabalho em Equipa*, in *Psicossociologia do Trabalho e das Organizações – Princípios e Práticas*, coord. SÓNIA P. GONÇALVES, Pactor, 2014, pp. 391 ss. In this chapter, the author presents several advantages in the use of virtual teams, for example the possibility of companies being able to operate in markets with diverse cultural contexts.

(8) For more developments, K. DAVIS – J.W. NEWSTROM, *Human Behavior at Work – Organizational Behavior*, McGraw-Hill International Editions, 1989, p. 7.

and subordination in a company (9). Moreover, the idea that more hours of work are equivalent to higher productivity is increasingly undermined (10) by the realisation that with the right organisation it is possible to get better results in equal or shorter periods of time (11).

This idea takes us to the concept of good practices (12), referring to a set of actions and planning that a company must carry out, taking into account its specific characteristics, and which combines multiple factors, namely compensation and remunerations systems, motivational elements or recruitment and selection procedures (13).

3. *Lavoro Agile*, the Italian version of Smart Working

With the approval of Law no. 81, dated May 22, 2017, the Italian legislator pioneered and introduced in its legislation the Italian version of the Smart Working, with the goal of adopting measures that favour subordinate work's flexible articulation in time and place.

The art. 18 co. 1, under the heading *lavoro agile* (14), introduces a new system of labour flexibility, which aims to increase productivity and enable better conciliation of private and professional life. It consists of the provision of subordinate work, resulting from an agreement between the parties, with a form of organisation in phases, cycles and objectives and without the imposition of limits related to time and workplace. Thus, the work is performed in part at and outside the employer's premises, with no physical

(9) CIPD, *Smart... op. cit.* p.11, where it refers the tendency in the adoption of an organization of the vertical work for a horizontal organization. The example of the company WL Gore is given, that it adopted an organization without hierarchy, professional categories or chains of command (cf. p. 25).

(10) A. BORGESÉ, *from Great Place to Work Italia*, states that the application of the SW in a company should not be a logistical or technological problem, but rather because of the ability to trust. He adds that it is necessary to avoid believing that performance and productivity at work are associated with the time spent in the workplace. G. MASI, *Let's Trust the Agile Working*.*

(11) R. TAYLOR, *Un Temps Pour Travailler, Un Temps Pour Vivre*, in *Le Temps de Travail en Europe*, Syros, Paris, 1995, pp. 111-117.

(12) European Agency for Safety and Health at Work, *Healthy Workplaces Good Practice Awards 2014-2015 – Managing stress and psychosocial risks at work*, Publications Office of the European Union, 2015.

(13) Smart Working practices consist on organizational systems development that facilitate the relationship with the client, benefiting both the business and individuals, A.M. MCEWAN, *Smart Working: Creating the Next Wave*, Routledge, New York, 2016, p. 20.

(14) We recommend consulting ADAPT organization's webpage to get access to more content. *

presence, limited only to the normal daily and weekly working hours (considering the maximum limits imposed by law or through collective bargaining). It is also possible to use the technological tools available to provide the work, not meaning that they must necessarily be used. Paragraph 2 stipulates that responsibility for the instruments of work lie with the employer.

Subsequently, art. 19 provides for a written form for the conclusion of *Lavoro agile* agreement, and it must include the way work is carried out outside the establishment, the form of exercise of the power of management and the instruments used, as well as technical and organisational measures to promote employee disconnection through electronic devices. It is ensured that the employee who carries out his activity under this modality does not receive less favorable treatment in relation to other employees (article 20, paragraph 1); gets access to continuing vocational training (article 20, paragraph 2); and also benefits from the appliance of existing tax incentives attributed to the recognition of increased productivity and efficiency at work.

The art. 21 concerns the powers of control and disciplinary action, which provides that the mode of control and disciplinary sanctions be governed by the agreement of *lavoro agile*. To achieve this, actions which may trigger disciplinary sanctions outside the company's headquarters must be considered. As such, this provides a plus on existing disciplinary measures, increasing the range of behaviours that can integrate disciplinary procedures.

About safety and health at work, art. 22 establishes a principle of cooperation between the parties to prevent risks related to the provision of work outside the premises of the employer.

However, this legislative consecration is not exempt from criticism, claiming to have fallen short of expectations, namely by remaining attached to the concept of subordination (15) and unable to withstand the impact of the fourth industrial revolution. In a convergent sense, Emanuele Massagli (16), affirms that it is an insufficient regulation, clinging to the conflict between subordination and autonomy, and impregnated with the already outdated idea of teleworking (17). In Italy teleworking is not regulated in the private sector, at least legally. The existing regime is the result of collective bargaining, and it

(15) M. SACCAGGI, “*Primo commento al “lavoro agile”: finalità e ipotesi regolatorie*”, Bollettino ADAPT, 02/11/2015.*

(16) E. MASSAGLI, *Il lavoro è agile. La legge meno*, bollettino ADAPT, 02/11/2015.*

(17) In Italy, telecommuting is not regulated for the private sector, only guidelines exist in some sectoral collective agreements. About the subject, L. SERRANI, *Problemi e Prospettive del Telelavoro – Tra Teoria e Prassi*, tesi di dottorato, Scuola di Dottorato in “Formazione della persona e mercato del lavoro”, XXVI ciclo, pp. 19 ss.*

is a very demanding legal regime, so it is difficult for companies to bear the burdens inherent in such a practice. Thus, *lavoro agile*, which has been applied informally, at the company level, is an alternative route for the implementation of telework, more accessible and with lower costs, although it is affirmed that it is a different paradigm of teleworking. The difference here is the possibility of being the employee to define the contours of this provision.

Emanuele Dagnino (18), about the temporal element of the provision, argues that there should be no predetermination of the timetable, with the limits resulting only from the maximum limits established by law and IRCT. The current configuration, reflected in some collective bargaining agreements on flexible work, puts work out of the workplace in temporal correlation with the work performed at the employer's premises. The assumption is that productivity and performance should be primarily offered through distance work, and it is necessary to change mindsets and break with the vision of physical presence in the workplace.

4. Smart Working and employment contract

Up to this point, we have presented the Smart Working as a new business management paradigm. It is now essential to select the points of contact with some of the essential matters of the employment contract. They are the concession to the employee of greater autonomy (19) and flexibility in the management of the time, place and way of work; on the other hand, higher accountability for results.

The relations of the future find support in two axes: Mobility (the existence of several workplaces or collaborative working groups through social networks, for example) and Flexibility. As stated by Liberal Fernandes (20), the flexibility of work related to the organization of the company relates to flexibility in contractual forms, flexibility of working time, flexibility of remuneration (eg in terms of individual and collective productive variation) and flexibility in work organization (teamwork, simplification of hierarchical

(18) E. DAGNINO, *Lavoro agile: una questione definitoria*, bollettino ADAPT, 02/11/2015.

(19) The autonomy is understood as the margin of decision granted to the worker in the definition of the form as it gives its main activity and the secondary tasks. F.J. GELLERT - R. SCHALK, *Youth Employment: Students' Preferences for Mobiflex Work*, in *Productivity, Investment in Human Capital and the Challenge of Youth Employment*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2011, pp. 158 ss.

(20) L. FERNANDES, *Algumas ...*, *op. cit.* pp. 205-206.

relations, geographical mobility and flexibility of the tie of subordination, which includes work at home or teleworking).

From the company's point of view, it should be noted that the adoption of this type of policy necessarily involves risks for the employer: for example, the supervision of the contractual obligations and the duties of the employee and the prevention of occupational risks, regarding health and safety in the job.

Having said this, in this chapter we will first examine the problems raised by the Smart Working in substantive labour law, and then we will survey the existing instruments and adapt to this new form of work.

4.1. Legal subordination vs independent work

As Júlio Gomes (21) points out, «Labour law remains essentially the right of subordinated labour, and it is still "open", as some stress, to self-employment, so that subordinate labour is the cornerstone of construction, "the touchstone" of labour law». In this expression is understood the significant problem that we face, in this case, when introducing new forms of work that attenuate subordination. In the past, subordinate work was easily identifiable, but with the introduction of new and more flexible forms of work, it can be provided either on an autonomous basis or as subordinate work. Within this concept, Romano Martinez (22) differentiates economic subordination from legal subordination, noting that the first criterion has no relevance to employment contract qualification.

However, the contract of employment (articles 11 of the Labour Code and 1152 of the Civil Code) is that by which a natural person undertakes, by way of remuneration, to provide his activity to another or other persons within the organisation and under the authority thereof. For its part, "the Service Agreement is one in which one of the parties undertakes to provide to the other a certain result of its intellectual or manual work, with or without remuneration" (article 1154 of the Civil Code). As stated in the case-law (23), it «is deprived of any legal reference to statements which may be of any significance or value, or which can be renewed or projected in the social,

(21) *Op. cit.* p. 103. Cf. R. MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 8ª Edição, 2017, pp. 315 ss. e M. FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 121 ss.

(22) R. MARTINEZ, *Relações Empregador Empregado*, in *Direito da Sociedade da Informação* – Volume I, Coimbra Editora, 1999, p. 187.

(23) Ac. do STJ de 10/08/2015, processo n.º 292/13.5TLabour CodeLD.C1.S1.

economic and legal areas in which the terms "organization", "authority", "direction" or "subordination", understood as defining bonds of a relation, such as labour, which presupposes the integration and dependence of a part - which is obliged to provide the result of its work - to the other party». It should not be understood, however, that those who provide the activity are outside the instructions given by the person who benefits from the benefit (24), which often contributes to the widening of the doubts in the classification between labour contract or contract for service.

When it is necessary to define the formal contractual relationship underlying a given legal relationship (25), the typological method and the evidence-based method, with an apparent prevalence of the latter, are used because they are more effective (26). The evidence-based method allows us to gauge the existence of subordination or autonomy through specific indications (internal and external) (27), among which we highlight the organization of work, trying to verify who is responsible for this task; the result of the work, trying to perceive if the contract has in view the result or the activity itself (28); the workplace (29); working hours; the ownership of work tools (30); and the form of payment of retribution (31).

About the qualification of the employment contract, we issued a note for its concept and for updating the operational criteria of the presumption of work (Article 12). As regards the first, we believe that the insertion of the

(24) B. LOBO XAVIER, *op. cit.* p. 350.

(25) Veja-se, A. MENDES BAPTISTA, *Qualificação contratual e presunção de laboralidade, Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 63-81.

(26) M. LEITÃO, *op. cit.* pp. 128 ss. Sobre o tema, R. MARTINEZ, *Trabalho subordinado e trabalho autónomo*, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, I, Almedina, Coimbra, p. 287; M. FERNANDES, *Direito ...*, *op. cit.* pp. 130 ss. Veja-se ainda o Ac. do STJ, de 27/11/2007, proc. n.º 07S2911.

(27) M. LEITÃO, *op. cit.* p. 131-133.

(28) R. MARTINEZ, *Direito...*, *op. cit.* p. 319 e ff. With particular relevance, *vide* G. TELES, *Contratos Cíveis (Projecto completo de um título do futuro Código Civil Português e respectiva exposição de motivos*, BMJ, 1959, n.º 83, p. 165.

(29) Work at a distance and the existence of virtual companies put this clue in question, as indicated by J. GOMES, *op. cit.* p. 132.

(30) Ac. STJ, de 02/12/2014, proc. n.º 3813/05.3TTLSB.L3.S1. The provision of a portable computer by the employer, as well as the recommendation and the availability of software that allows to make expert reports and send the resulting reports, does not constitute an indication of legal subordination, since it is only intended to facilitate the result.

(31) No SW a retribuição deverá estar, por norma, concebida em função dos resultados, através de modalidades de retribuição variável. M. FERNANDES, *Direito...*, *op. cit.* p. 127, abordando o pagamento à peça ou por tarefa, que sugere que o objeto do contrato está vocacionado para os resultados, dá conta de que este é uma fórmula de pagamento que também se encontra no trabalho subordinado.

expression “within the organization” emphasizes the integration into a business organization of the subordinate employee, by adhering to the understanding of Rosário Palma Ramalho(32), when she states that this component should be considered as an essential element of the contract, and not as a mere hint of subordination. About the second, the improvement of this mechanism is noted, above all by the indications and criteria of choice taken, as well as by the consequences that result from apparently independent work, regarding paragraphs 2, 3 and 4, art. 12.

The Smart Working calls into question all the signs listed here, especially if the employee has full autonomy. As a rule, this comes from the nature of the activity and the necessary training, as well as the position and purpose that a profession occupies. From labour law, the employment contract does not prejudice the recognition of the technical autonomy of the employee, as is provided, for example, on the art. 116 of the labour code. However, what the Smart Working aims to implement is a *de facto* autonomy (33), which already happens in similar situations. Monteiro Fernandes (34), on the definition of art. 11 and the existence or not of acts of the beneficiary of the work, states that it does not apply to work carried out under a 'de facto autonomous regime', situations in which «it is in the interest of the beneficiary of the work not to direct, order, not to impose a certain mode of execution of the activity, giving, finally, prevalence to the criterion of the organizing element of subordination».

In the case of the Smart Working, the problem is that the use of this form of work can lead to the so-called escape for self-employment (35) since this type of function can be exercised autonomously or with an attenuated subordination.

(32) R. PALMA RAMALHO, *Delimitação do Contrato de Trabalho e presunção de laboralidade no novo código do trabalho – breves notas*, in *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? - Actas do Congresso de Direito do Trabalho*, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Coimbra, 2011, pp. 293 ss.

(33) M. FERNANDES, *O triste fado dos maestros titulares ou o problema da subordinação invisível*, RDES, p. 121 ss.; J. GOMES, *op. cit.* p. 124 «Em suma, o que releva é que o operário altamente especializado pode, na prática, apenas receber directivas muito genéricas, mas o seu empregador (ou superior hierárquico competente) pode ainda dar-lhe instruções concretas se assim o desejar.».

(34) *O triste fado...*, *op. cit.* p. 123.

(35) R. MARTINEZ, *Direito...*, *op. cit.* p. 317, where it states that recourse to self-employment may be the result of fraudulent motives, to prevent mandatory rules of labour law, or it may result from the will of the parties, when this arises from the manner of providing the activity.

4.2. Power of management and responsibility for results

Recalling the teachings of Júlio Gomes, the power of management of the employer expresses «in the faculty of determining the provision of work done by the employee» (36). The benefit is not utterly indeterminate in the employment contract, but it lacks preciseness, depending on the circumstances of each activity. It unfolds in the faculty of directing the benefit, which influences the mode, time and place of the benefit. On the other side is the power of control (37), instrumental about the power of direction.

As Annamaria Donini (38) elucidates, smart organizations have contradictory contours: on the one hand it is necessary to have the courage to trust the employee, delegating the responsibility in him and accepting a partial decrease of the control of direction of the activity (39); on the other hand, the use of the new technologies entails a high exposure to the technological control and monitoring, which puts in the availability of the employer a vast amount of information.

There are specific activities (40) under the employment contract which presuppose a more significant contribution (in some instances, a real responsibility) to achieving a result. Alain Supiot (41) establishes a relation between the recognition of the personal element of the work contract, the professional qualification of the employee and its influence on their accountability, and subordination. This is exemplary in the case of the employee-managers when there is a secondment, but also in other situations of individual employment contracts. It may be said that from this relationship

(36) *Op.cit.* p. 123. Cf. R. PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II – *Situações laborais individuais*, Almedina, Coimbra, 6ª Edição, 2016, pp. 728 ss.

(37) In the case of workers who work through digital platforms, the question arises in a different way: the power of direction is shared with the user: he proceeds to the immediate control of the performance (assisted by such platform, eg. in the case of Uber, the user can check the route that is followed), followed by a procedure in which the customer evaluates the service.

(38) A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in *Web e Lavoro – Profili Evolutivi e di Tutela*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, p. 81.

(39) M. FERNANDES, *Direito... op. cit.* p. 123, «There is, therefore, a progressive devaluation of managerial behaviors in the characterization of subordinate work».

(40) R. MARTINEZ, *Direito... op. cit.* p. 319, gives the example of the "uncertain fixed-term contract to" (...) the execution, direction and supervision of civil construction works (...)", referring to paragraph 3 of art. 140.

(41) A. SUPIOT, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, 1996, pp. 121 ss.

of trust (42) will result in a broad set of "rights-duties" (43) and accessory duties of conduct (44), typical of long-term obligatory relationships, such as the contract of employment (45).

The general principle of good faith must also be taken into account, with particular emphasis on the duty to promote the improvement of company productivity (art. 128); the duty of custody (g) no. 1 art. 128 and 168); the duty of non-competition and the duty of secrecy (art. 128); and the duty to participate in vocational training actions (d) no. 1 art. 128).

Thus, if on the one hand the employee is granted greater autonomy in the choice of his place and time of work, the employer benefits from more efficient forms of control of the benefit (46), and this should be complemented by the reinforcement of the duties to which the employee is subject.

5. The contract of employment content

At this point, we will mention some of the existing mechanisms in our planning that allow us to concretise (47) the Smart Working. It would extract the object of this work an analysis held by each one of these legal institutes. We will limit ourselves to referring them, with few considerations because it seems to us that their connection with the Smart Working results from the considerations made up to this point.

(42) On trust as an organizational culture and its economic value, V. PELLIGRA, *Fiducia e produttività: sulla natura relazionale dell'agire economico*, *Sindacalismo – Rivista di studi sulla rappresentanza del lavoro nella società globale*, Rubbettino Editore, 2009, pp. 55 ss.

(43) A. VARELA, *Das Obrigações em Geral, Parte I*, 10ª Edição, Almedina, Coimbra, p. 61.

(44) On primary and secondary duties and conduct duties, A. VARELA, *op. cit.*, pp. 121 a 129.

(45) A. SUPLOT, *Crítica... op. cit.* p. 128, « The other side of the autonomy that is granted to the professional is the commitment without fainting that is demanded of him, it is a loyalty that goes beyond the strict contractual obligations. »

(46) *Vide* T. COELHO MOREIRA, *Controlo do correio electrónico dos trabalhadores: comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de Fevereiro de 2010*, *QL*, 2009, n.º 34, 2009, pp. 219–224, on the use of e-mail messages of a personal nature, sent and received by the company's computer, and their relevance as evidence in a disciplinary offense.

(47) About changes to the employment contract, R. MARTINEZ, *Direito... op. cit.* p. 751.

5.1 Teleworking

Currently, Teleworking (articles 165 to 171 of the CT), an atypical form of work, is presented as the «work performance performed with legal subordination, usually outside the company and through the use of information technologies and communication». It can be provided at home, in a telecentre or mobile telework. In fact, the expression 'usually outside the company' does not necessarily imply that the work is carried out at home or in teleworking centres. As for the second, it refers to online telework (one-way line or two-way line, the latter allows real-time electronic control by the employer) or offline.

Under paragraph 1 of art. 166, the employee of the company can be teleworked (see article 167) or another contractor for that purpose. In any of these cases, the contract must follow the formalities imposed in paragraph 5 of the same article. In this area, the written form is required, and the agreement must contain the express reference to the teleworking regime and the position or functions to be performed. Otherwise, it will not be considered subject to the teleworking regime.

Regarding the use of NICTs, Rosário Palma Ramalho (48) warns against the danger of too broad an interpretation of the IT element, stating that this element should be understood «as an essential element to the performance of the activity and not as a simple working tool». This understanding is increasingly undermined as the evolution and integration of ICT (49) in all jobs, and all sectors of activity make it difficult to know when the use of new technologies is essential to the performance of the activity. In this way, and to ensure that more employees benefit from this regime, a current and dynamic interpretation, albeit casuistic, must be adopted.

Teleworking is one of the possibilities within the Smart Working (50), although the figures are easily confused. There are some points of contact, such as the conciliation of private and professional life, employee autonomy, the existence of mutual benefits between the employer (e.g. cost reduction) and employees (autonomy) and use of ICT. However, we understand that the Smart Working, although it refers to it, is more comprehensive than teleworking, possessing other valences. It should be noted that teleworking

(48) *Tratado...II, op. cit.* p. 342.

(49) R. REDINHA, *O teletrabalho*, in *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 3.

(50) G. REBELO, *Teletrabalho... op. cit.* p. 5, « the opportunity to create a contract that seeks autonomy and responsibility on the part of its workers ».

among us has received a modest reception: the Green Paper on Industrial Relations – 2016 (51), gives an account of the weight that it has in the Portuguese context: in 2010 there were 2464 contracts of employment and are currently 805.

There is also a significant similarity between the *lavoro agile* regime and teleworking. It differs, above all, in the degree of autonomy granted to the employee and in the possibility that the employee has, by agreement, to negotiate the terms in which the executive power will be exercised. At the level of the protection of privacy and the right to rest, Italian regulation goes further, by predicting the embryonic right to disconnect (52). Prevention regarding safety and health at work is also benefited by the encouragement of collaboration between these two parties.

5.2 Workplace

As Bernardo Lobo Xavier (53) points out, the workplace (54) integrates 'contractual matter' and is also a matter of the right to information (art. 106). Under paragraph 1 of art. 193 the parties must predetermine workplace. It is, moreover, one of the essential elements of the contract, which constitutes the obligation to provide work. On the one hand, the employee confirms all his life according to the place where he will provide his activity, which ends up having a relevant impact on the level of the organization of his private life; on the other hand, the establishment of the workplace is a relevant and strategic interest of the company, subject to a series of variables, among which are the accesses, rental income, tax incentives, among others.

According to Menezes Leitão (55), «the parties are in principle free to establish to a greater or lesser extent the place of work (an indication of the street, locality or county)», and may also stipulate alternative locations. However, it states that there should be no undue indetermination of the workplace. In this sense, Joana Nunes Vicente asks what the limits to contractual freedom (56) should be, and affirms that the predetermination of

(51) *Cf.* pp. 177-178.

(52) C. MATHIEU - M.M. PÉRETIE – A. PICAULT, *Le droit à la déconnexion: une chimère?*, *RDT*, n. 10, Dalloz, 2016, pp. 592-598.

(53) *Op. cit.* pp. 513-514.

(54) R. PALMA RAMALHO, *Tratado...II*, *op. cit.* p. 495-498.

(55) *Op. cit.* p. 280.

(56) J. NUNES VICENTE, *Cláusulas de definição do local de trabalho*, *QL*, 2013, n.º 42, p. 219.

the geographical parameter in the contract should be as precise as possible (57).

Rosário Palma Ramalho (58), referring to the concept of a place of work, lists some hypotheses which make it more difficult to determine, namely «Work contracts in which, because of their structural specificity, the activity is carried out at the premises of an entity other than the employer, albeit in a stable way». In these cases, the employer's premises «may have an additional relief», but should not be confused with the workplace.

The Labour Code grants a broad power to shape the workplace (article 193), and the parties may, with some restrictions, change it (59). The employer has the power to unilaterally change the workplace (Articles 129 co. 1, lett. f and art. 194), although it is limited by the criterion of serious injury to the employee.

Thus, once the initial considerations are taken into account, if the employee is given the option of freely choosing the workplace, the concerns inherent in the predetermination of the workplace disappear. As for the employer, it is only in the typical job that the employee is required to work at the defined location. In the activities in which the result is interested, from the moment we accept the new paradigm of work, the result must be deferred to the activity, conceiving the workplace in another way.

It seems to us, therefore, that the placing of a clause whose content allows the employee to choose his place of work freely does not call into question any value of the public order. The importance of the workplace has to be relativised when in situations where the domain of the employer loses importance, namely by the will of the parties, and also as a consequence of the use of ICT.

5.3 Working time

The Smart Working promotes the autonomy of the employee in the choice of his work schedule, which will have to be coupled with the interests of the management of the employer. Also, it is up to the employer to prepare the schedule, under art. 212, in compliance with the maximum limits allowed by law and the rest time to be granted to the employee. The employer may, in

(57) *Idem*, *op. cit.* pp. 228 e *ff.*

(58) R. PALMA RAMALHO, *Tratado...II*, *op. cit.* p. 499.

(59) R. MARTINEZ, *Direito...*, *op. cit.* pp. 762-771.

principle, unilaterally change schedule (article 217 *a contrario*) (60), except for those situations where the timetable has been individually agreed (article 217, paragraph 4). In this case, the amendment needs the employee's agreement, and it is still discussed whether the employee must give his consent in the case mentioned above (61).

While it is not our aim to provide an exhaustive description of the mechanisms for working time flexibility (62), we are particularly interested in exemptions from working hours (Articles 218 to 219) because they have a closer connection with the Smart Working. It allows three modalities: non-compliance with the maximum limits of the NTP; possibility of increasing the NTP by day or week; and, third, compliance with an established NTP between the parties. However, we raise some reservations about the subjective scope of application, when there is no IRCT that regulates or does not promote a broadening of its scope.

The law assumes that the figure is harmful and must be limited, which is evident not only because the lawmaker does not authorise the application of this figure to any employee, but also because it provides for exclusive remuneration. However, according to paragraphs (a) and (c) of paragraph 1 of art. 218, the IHT may hold, for the exercise, positions of administration or direction, or of functions of trust, supervision or support to the holders of that office; or telework and other cases of regular exercise of activity outside the establishment, without immediate control of the superior.

So, can the employee who operates within the Smart Working can benefit from this scheme? We believe unless we have a better opinion, which the wording of the rules in force does not preclude the application of the IHT, although we should not ignore any extension of the subjective spectrum of this figure by the legislator.

(60) C. CARVALHO, *Da dimensão...*, *op. cit.* p. 279. On the modulation of working time, R. MARTINEZ, *Direito...*, *op. cit.* p. 752-756.

(61) *Idem*, p. 280.

(62) Among others, the labour code regulates the adaptability of working hours, hour's bank, part time, concentrated work or continuous journey.

5.4 Remuneration

The provision of results-oriented work is, as a rule, accompanied by a system of compensations (63). Apart from imperative questions of remuneration, for labour law, the principle of private autonomy allows a wide margin of manoeuvre in its choice (64). The periodicity and guarantee of remuneration play an essential role in financial stability, while also allowing for the stability necessary to reconcile personal and professional life.

Among the retributive benefits (65), and regarding art. 261, the remuneration can be certain (calculated according to the working time, to which may be added any subsidies), variable or mixed (66). However, variable remuneration and mixed retribution (combining the elements of both forms) are more important in this context, since they are more appropriate to a management system by objectives and results (67). It should not be forgotten that, under the terms of arts. 273 ff., the employee shall always be entitled to the minimum monthly guaranteed remuneration.

In the scope of non-remuneration benefits, the provisions of art. 260 provides for wage supplements, productivity bonuses and gratuities (68). Besides this, employee benefits are also relevant, such as life insurance, health insurance, support for children's education, cultural and leisure programs.

6. Conclusion

The philosophy behind Smart Working is another break point with the current labour paradigm, especially the way the employee is viewed. Juan Bengoechea (69) affirms that if century XIX was dominated by the machine and in the century XX by the technician, the century XXI belongs to the human resources.

(63) R. PALMA RAMALHO, *Tratado...II*, *op. cit.* p. 658, about the duty to contribute to the improvement of worker productivity. We add that this duty is also fulfilled through the incentives offered.

(64) R. MARTINEZ, *Direito...*, *op. cit.* pp. 772-774.

(65) R. PALMA RAMALHO, *Tratado...II*, *op. cit.* pp. 691 e ff. Cf. M. LEITÃO, *op. cit.* pp. 345 e ff.

(66) R. MARTINEZ, *Direito...*, *op. cit.* p. 606-607.

(67) G.J. BORJAS, *Labor Economics*, McGraw-Hill Education, New York, 2016, pp. 458 ss.

(68) Cf. R. MARTINEZ, *Direito...*, *op. cit.* p. 609.

(69) J. BENGOCHEA, *Derecho del Trabajo, ¿Víctima o Culpable?*, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2017, n. 196, p. 32

The paradigm of the employee of the future is based on the concept of talent and its competences, in contrast to the ideas of function and job position. In fact, qualifying flexibility, along with the right policies, can produce the second result: on the one hand, it strengthens and qualifies the employee; on the other hand, companies can adapt to the future, especially in crisis contexts.

However, we do not want to see an overly optimistic view of the concept of flexibility, not only because of caution but also because of what history is showing. Thus, we advocate that flexibility should be tending towards the service of the employee, promoting citizenship (70) and the humanisation of work, through greater collaboration between the parties. Also, as regards the way in which the implementation of NICT should be pursued, the interests of the employees should be taken into account to facilitate the conciliation of private and professional life.

As we have seen, the Smart Working elements of the labour law concern the granting of *de facto* autonomy to the employee and greater accountability for results. This set is typical of independent work, and this situation can dictate a new exodus and opportunism in the use of autonomous work.

Given the above, what is the best way to regulate Smart Working? Moreover, can it correspond to a model of employment contract?

The Italian scheme of *lavoro agile* results from reality that is somewhat different from the Portuguese, as we have already mentioned, overlapping in some respects with the telework scheme. Moreover, the regulation has been criticised for remaining attached to the elements of legal subordination, referring in this point to the criticisms that had already been pointed out.

About the creation of a special scheme, we believe that this will not be the best solution, given that the problem is in the very concept of work, as well as in the methods that allow qualification as an employment contract. Although this discussion is debatable, given the specificities of this form of work, the truth is that there already exists in our legal system, not only the will but also the mechanisms necessary to implement the Smart Working. As stated by Pedro Pais de Vasconcelos (71), «prudence requires that you do not

(70) On the concept of citizenship at work, see U. MÜCKENBERGER, *Citizen at Work. A Guiding Principle for Social and Trade Union Policy, Transfer – European Review of Labour and Research*, 2016, Vol. 22, n. 1, pp. 29-30.

(71) P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 23.

innovate where you can achieve the desired result with the use of tried and true formulas», because the freedom of attachment allows the replacement and removal of standard clauses (72).

However, the main reason has to do with the nature of the relations that are established between the parties. As Júlio Gomes (73) points out, the working conditions of the new employees become increasingly individualised, which leads to the resurgence of the importance of the individual labour contract, negotiated by both parties, directly or through collective bargaining. In the case of the Smart Working, the difficulty is in translating the proper guidelines for business management into the legal-labour field. Given the multiplicity and reality of each company, conditioned by its activity and size, all changes cannot be brought back to a small regulatory framework. So much so that the use of imperative norms can significantly condition individual autonomy (74) and atypical employees.

In this context, Michele Tiraboschi (75) refers to the importance of incentive norms as standards for economic operators and inducing them to adopt behaviour which is in the general interest of the economy and employees. Moreover, mandatory rules are often seen as a limitation, whereas incentive rules constitute an opportunity, a chance to gain access to a benefit. In this way, acting through the path of behaviour, it becomes feasible to change mentalities and promote the application of new forms of work. About the Smart Working, this will involve a greater conciliation between professional and private life, increased efficiency and productivity, the application of ICT and the granting of greater autonomy to employees and consequent accountability for results. Because, more than breaking with the traditional view of legal subordination, we must guarantee professional and material equality between typical employees and atypical employees, which can only be achieved by changing the concept of work (76).

Looking to the future and to the opportunities generated by the Smart Working, namely its advantages, we believe that its implementation can

(72) J. MORAIS CARVALHO apud R. PINTO DUARTE, *op. cit.* p. 26, on the boundaries that define typical and atypical contracts.

(73) *Op. cit.* p. 110.

(74) J. MORAIS CARVALHO, *op. cit.* pp. 167 e ff. See also H. EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 51 ss.

(75) M. TIRABOSCHI, *Teoria e Pratica dei Contratti di Lavoro*, ADAPT, ADAPT University Press, 2016, pp. 24-26.

(76) A. SUPIOT, *Crítica...*, p. 291. Cf. J. GOMES, *op. cit.* pp. 115 e ff., on the redefinition of labour law.

revitalise labour law, promoting among others, the role of negotiation in its individual and collective dimensions. In our view, and considering that we have opted for a broad Smart Working concept, we are before a new model of work, which aims to take advantage of new forms of work while focusing on the value of the person-employee. On the other hand, labour law may have a privileged position in the reaction to the impact of digitisation, primarily since the first concerns of the legislator, both national and European, will be reflected in the economic regulation of the phenomenon (77).

Bibliography

- BAPTISTA, A.M., *Qualificação contratual e presunção de laboralidade, Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 63-81.
- BENGOECHEA, J. A. S., *Derecho del Trabajo, ¿Víctima o Culpable?*, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 196, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.
- BIAGI, M., *Quality of Work, Industrial Relations and Employee Involvement in Europe: Thinking the Unthinkable?*, BIAGI, M., *Quality of Work and Employee Involvement in Europe*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2002.
- BORJAS, G. J., *Labor Economics*, McGraw-Hill Education, Nova Iorque, 2016.
- CARVALHO, C. de Oliveira, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho – Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e coletivas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- CARVALHO, J. M., *Os limites à liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, Lisboa, 2016.
- DAVIS, K.; NEWSTROM, J. W., *Human Behaviour at Work-Organizational Behavior*, 8th Edition, McGraw-Hill International Editions, Singapura, 1989.
- DONINI A., *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile, Web e Lavoro. Profili Evolutivi e di Tutela*, Giappichelli Editore, Torino, 2017.
- FERNANDES, A. M., *Direito do Trabalho*, 17ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014.
- FERNANDES, A. M., *O triste fado dos maestros titulares ou o problema da subordinação invisível*, *RDES*, 2013, n.º 4, pp. 119-140.
- FERNANDES, F. L., *Alguns aspectos da evolução do direito do trabalho*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2004, I, pp. 197-291.
- GELLERT, F. J. - SCHALK, R., *Youth Employment: Students' Preferences for Mobiflex Work, in Productivity, Investment in Human Capital and the Challenge of Youth Employment*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2011.
- GOMES, J., *Direito do Trabalho, vol. I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- LEITÃO, L. M., *Direito do Trabalho*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016.
- MARTINEZ, P.R., *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 8ª Edição, 2017.

(77) COM (2016) 288/2 de 25 de Maio de 2016, *As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa*. This communication does not refer to the protection of workers.

- . «Trabalho subordinado e trabalho autónomo», in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, I, Almedina, Coimbra, 2001.
- MATHIEU, C. - PÉRETIÉ, M.M. - PICAULT A., *Le droit à la déconnexion: une chimère?*, RDT, 2016, n.º 10, Dalloz, pp. 592-598.
- MCEWAN, A. M., *Smart Working: Creating the Next Wave*, Routledge, Nova Iorque, 2016.
- MOREIRA, T. C., *Algumas questões sobre Trabalho 4.0*, *Prontuário de Direito do Trabalho*, CEJ, Edições Almedina, 2016 – II, p. 245-264.
- MOREIRA, T. C., *A privacidade dos trabalhadores e o controlo electrónico da utilização da Internet*, *QL*, 2010, n.º 35-36, pp. 23-82.
- MOREIRA, T. C., *Controlo do correio electrónico dos trabalhadores: comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de Fevereiro de 2010*, *QL*, 2009, n.º 34, 2009, pp. 219–224.
- MÜCKENBERGER, U., *Citizen at Work. A Guiding Principle for Social and Trade Union Policy, Transfer – European Review of Labour and Research*, Quarterly of the ETUI Research Department, (Fevereiro 2016), Volume 22, n.º 1.
- PELLIGRA, V., *Fiducia e produttività: sulla natura relazionale dell'agire economico*, *Sindacalismo – Rivista di studi sulla rappresentanza del lavoro nella società globale*, Rubbettino Editore, 2009.
- PISSARRA, J., *Equipas Virtuais ou Virtualização do Trabalho em Equipa*, *Psicossociologia do Trabalho e das Organizações. Princípios e Práticas*, coordenação Sónia P. Gonçalves, PACTOR, Lisboa, 2014.
- RAMALHO, M. do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*, Almedina, Coimbra, 6ª Edição, 2016.
- REBELO, G., *Teletrabalho e Privacidade – Contributos e desafios para o Direito do Trabalho*, Editora RH, Lisboa, 2004.
- REDINHA, M. R. G., *O teletrabalho*, in *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Almedina, Coimbra, 1999.
- SUPIOT, A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, 1996.
- TAYLOR, R., *Un Temps Pour Travailler, Un Temps Pour Vivre, Le Temps de Travail en Europe*, Syros, Paris, 1995.
- TELES, I. Galvão, *Contratos Civis (Projecto completo de um título do futuro Código Civil Português e respectiva exposição de motivos)*, *BMJ*, 1959, n.º 83, pp. 114-283.
- TOUMIEUX, C., *Directive 91/533/EEC and the Development of New Forms of Employment*, *New Forms of Employment in Europe*, ed. Roger Blanpain/Frank Hendrickx, Wolters Kluwer, Reino Unido, 2016.
- TIRABOSCHI, M., *Teoria e Pratica dei Contratti di Lavoro*, ADAPT, Seconda Edizione, ADAPT University Press, 2016.
- TULLINI, P., *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, *Web e Lavoro – Profili Evolutivi e di Tutela*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017.
- VICENTE, J. N., *Cláusulas de definição do local de trabalho*, *QL*, 2013, n.º 42, pp. 217-239.
- XAVIER, B. da Gama Lobo, *Manual de Direito do Trabalho*, 2ª Edição, Verbo Lisboa, 2014.

Online Bibliography

- CIPD, «Smart Working – The Impact of Work Organisation and Job Design», <www.cipd.co.uk> accessed on 10/07/2016.
- DAGNINO, E., *Lavoro agile: una questione definitoria*, bollettino ADAPT, <http://www.bollettinoadapt.it/lavoro-agile-una-questione-definitoria/>, accessed on 20/04/2017.
- MASI, G., *Let's Trust the Agile Working*, <<http://wow-webmagazine.com/tag/smart-working-observatory/>>, accessed on 02/09/2016.
- MASSAGLI, E. *Il lavoro è agile. La legge meno*, bollettino ADAPT, <http://www.bollettinoadapt.it/il-lavoro-e-agile-la-legge-meno/>, accessed on 01/02/2016.
- SACCAGGI, M., «Primo Commento al “lavoro agile”: Finalità e Ipotesi Regolatorie», <http://www.bollettinoadapt.it/primo-commento-al-lavoro-agile-finalita-e-ipotesi-regolatorie/>, accessed on 19/09/2016.
- SERRANI, L., *Problemi e Prospettive del Telelavoro – Tra Teoria e Prassi*, Scuola di Dottorato in “Formazione della persona e mercato del lavoro”, <<http://hdl.handle.net/10446/30692>>, accessed on 20/03/2017.

Other online documents

- COM (2016) 288/2 25th May 2016, «As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa».
- Smart Working concept from Smart Working Observatory of Politecnico di Milano:http://www.osservatori.net/it_it/osservatori/osservatori/smart-working
- The Agile Organisation* <http://www.agile.org.uk/what-is-agile-working/>



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

GDPR and Personal Data Protection in the Employment Context

CLAUDIA OGRISEG

Università degli Studi di Milano

vol. 3, no. 2, 2017

ISSN: 2421-2695





GDPR and Personal Data Protection in the Employment Context

CLAUDIA OGRISEG

Università degli Studi di Milano
Dottoressa di ricerca in Diritto del Lavoro
c.ogriseg@studiomansi.com

ABSTRACT

Digital transformation and new technologies have completely overwhelmed the way to process personal data in the employment context.

This paper analyses how the right to protection of personal data has been codified in a multilevel legal framework (ECHR, EU Treaties, Directives and Regulations), how and if this right related to workers can prevail over the interests of companies, what guarantees are foreseen in the working context for the processing of personal data in Regulation 2016/679/EU (GDPR) and what kind of safeguards could be provided in each Member State.

In the GDPR, the right of employees to the protection of personal data is not particularly protected so as to prevail over the interests of companies. Despite the great importance of individual rights in the employment context, the European Union has failed to establish uniform rules. On this crucial issue we may have the opportunity to strengthen the protection of workers' rights, ensuring that personal autonomy is guaranteed and can be exercised by individuals even in the context of Big Data.

Keywords: GDPR; employee; employment; Big data; Big Data Management; HR Analytics; algorithms; personal data; employer; surveillance; electronic communications; new technologies; work; WP29; workplace; application and smart device; company property; labour relationship; legal ground; controller; data subject; Code of Civil Procedure; discrimination

GDPR and Personal Data Protection in the Employment Context

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. From the Respect of Private and Family Life to the Right of Data Protection. - 3. The Right of Data Protection in the GDPR. - 4. Data Processing at Work in GDPR: the WP29 Opinion 2/2017. - 5. The Risks Analysis and Proportionality Assessment proposed in the WP29 Opinion 2/2017: Recruitment Process, In-employment Screening and Monitoring at the workplace and outside it. - 6. GDPR Member State Possibility to Ensure Workers' Right to Personal Data Protection. - 7. Conclusion.

1. Introduction

Digital transformation and new technologies have already completely overwhelmed our way to process personal data in the employment context.

It seems to be a disruptive innovation. The adoption of new forms of infrastructures, applications and smart devices enable employers to collect and connect each other with enormous quantities of employees' personal data and to do so within a reasonable time and with inexpensive means. New types of systematic and potentially pervasive data processing at work, less visible than traditional one such as overt CCTV cameras and more invasive of private life as employees work remotely, create significant challenges to privacy and data protection. This ongoing change is potentially huge and with far-reaching consequences. It involves the massive collection of employees' data (Big Data) and the algorithms use for predictive functions in the company's HR decision-making process (Big Data analytics or HR Analytics and Big Data Management) (1).

Despite the great importance of individual rights in the employment context, the European Union has not managed in stating a set of particular uniform rules for workers' data protection across the entire EU. Recital 4, General Data Protection Regulation 2016/679/EU (GDPR) states that the employees' right to the protection of personal data «must be considered in relation to its function in society and be balanced against other fundamental rights, in accordance with the principle of proportionality». Therefore, it will

(1) According to the European Union Agency for Network and Information Security, the term Big Data analytics «refers to the whole data management lifecycle of collecting, organizing and analysing data to discover patterns, to infer situations or states, to predict and to understand behaviours» (ENISA, *Privacy by design in big data. An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics*, 2015 <https://www.enisa.europa.eu/publications/big-data-protection>).

be crucial to carry out a new assessment of workers' right to the protection of personal data, especially since it is not considered as an "absolute right" in the new EU legal framework and each member States could provide more specific rules relating to this form of protection (Article 88 Regulation 2016/679/EU).

This paper analyses how the right to personal data protection has been codified in multilevel legal frameworks (CEDU; EU Treaties; Directives and Regulations), how and if this right could prevail over companies' interests, what kind of safeguards are provided for workers in GDPR and what kind of safeguards could be provided in each member States.

It is argued that personal data protection, first codified as a right to respect the private life and then as a freedom and an individual human right, is not preserved in GDPR for workers with special rules. Employees' right of data protection is not particularly safeguarded in such a way as to prevail over companies' interest to improve business through processing personal data. In the GDPR uniform framework it should be always a balance between employees' and companies' right and interests. This is clear in the documents issued by the Independent EU Advisory Body on Data Protection and Privacy (Article 29 Working Party so called "WP29") that anticipate the future work of the European Data Protection Board (EDPB) in issuing guidelines, recommendations and best practices in order to encourage a consistent application of the GDPR (Article 70 par.1 (e), Regulation 2016/679/EU).

Anyway, if on one hand GDPR does not provide particular set of uniform rules to protect employees across the entire EU, on the other hand it allows each member State to issue special rules to safeguard the workers' right of personal data. On this crucial matter we could have different national rules, but also the opportunity to strengthen workers' personal data protection in each member State: ensuring procedural rules thanks to Article 88 Regulation 2016/679/ EU. By this I mean that employee's individual rights could be strengthened adopting specific rules in Code of Civil Procedure to prevent the "use" of personal data unlawfully processed before the Courts. Moreover, employee's individual rights could be strengthened adopting a "discrimination presumption" in case of using algorithms' mechanism in HR management without a Privacy Ethical and Social Impact Assessment.

2. From the Respect of Private and Family Life to the Right of Data Protection

The Universal Declaration of Human Rights laid down for the very first time in 1948 a right to protection the individual's private sphere against intrusion from others, especially from the State (Article 21). This certainly influenced the promotion of individual human rights in Europe since the protection of personal data was initially guaranteed just as a “*right to respect for private and family life*” (Article 8, ECHR) (2).

Only in 1981 did Member States of the Council of Europe recognize a «*right to privacy with regard to automatic processing of personal data relating to him ('data protection')*» as a fundamental freedom (3). The *Convention 108 for the protection of individuals with regard to the automatic processing of personal data* is the first, and unique, legally binding international instrument in which European States defined the previous nucleus of rules (4): a universal standard, to all data processing in the digital area that would have been the basis for EU law, Treaties and Regulations (Directives and Decisions). The Directive 95/46/EC adopted in 1995 was «designed to give substance to the principles of the right to privacy already contained in the Convention no.108 (of the Council of Europe), and to expand them», since «free movement of goods, capital,

(2) Pursuant to Article 8 (2) European Convention on Human Rights, “There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society [...] for the protection of the rights and freedoms of others”.

(3) <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b37>

(4) The Convention dealt with obtaining and processing of “quality” data (i.e. adequate, relevant, not excessive and accurate) for specified legitimate purposes without using for incompatible ends and storing for longer than necessary with “appropriate” security measures «*against accidental or unauthorized destruction or accidental loss as well as against unauthorized access, alteration or dissemination*» (Article 5 Convention Council of Europe 108/1981). The Convention also states that «*personal data revealing racial origin, political opinions or religious or other beliefs, as well as personal data concerning health or sexual life, may not be processed automatically unless domestic law provides appropriate safeguards*» (Article 6 Convention- Council of Europe 108/1981). It also enshrined a nucleus of individual's right: any person should have been able to know if its own personal data is stored and, if necessary, to have it corrected and allowed derogation from those provisions only if it is provided by the law and constitutes «*a necessary measure in a democratic society in the interests of: protecting State security, public safety, the monetary interests of the State or the suppression of criminal offences; protecting the data subject or the rights and freedoms of others*» (Article 9, Conv. Council of Europe n.108, 1981). Finally the Convention regulated trans-border data flows imposing restrictions where legislation does not provide equivalent protection. European Union Agency for Fundamental Rights - Council of Europe - Registry of the European Court of Human Rights, *Handbook on European data protection law*, 2014.

services and people within the internal market required the free flow of data, which could not be realized unless the Member States could rely on a uniform high level of data protection» (5).

Additionally, more detailed data protection EU provisions were issued (6), but the right of protection personal data has been definitively guaranteed as a “fundamental right of freedom” in the European Union only on 1st December 2009 with the coming into force of the Lisbon Treaty. As a matter of fact, the Article 6 par 1 of the Treaty of European Union (TUE) recognises “the rights, freedoms and principles” that were politically proclaimed nine years before with the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter Charter) as adapted at Strasbourg and the contents of European Convention on Human Rights. Moreover, in Article 52 of the Charter, limitations may be imposed on the exercise of rights such as those set forth in Articles 7 and 8, as long as these limitations are provided for by law, respect the essence of those rights and freedoms and, subject to the principle of proportionality (7).

(5) European Union Agency for Fundamental Rights- Council of Europe - Registry of the European Court of Human Rights, *Handbook on European data protection law*, 2014, p.17-18.

(6) The Regulation 45/2001/EC of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the institutions and bodies of the Community and on the free movement of such data; the Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications); the Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC, (Data Retention Directive), invalidated on 8 April 2014.

(7) Article 52 - Scope and interpretation of rights and principles -1. Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognized by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others. 2.Rights recognised by this Charter for which provision is made in the Treaties shall be exercised under the conditions and within the limits defined by those Treaties. 3.In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection. 4.In so far as this Charter recognises fundamental rights as they result from the constitutional traditions common to the Member States, those rights shall be interpreted in harmony with those traditions. 5.The provisions of this Charter which contain principles may be implemented by legislative and executive acts taken by institutions, bodies, offices and agencies of the Union, and by acts of Member States when they are implementing Union

The Title II of the Charter codifies the Right to liberty and security (Article 6), the Respect for private and family life (Article 7) and the Right to the protection of personal data (Article 8) (8). According to Article 8 of the Charter personal data «must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified» and «compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority».

3. The Right of Data Protection in the GDPR

As contained in the EU legislation, European Parliament and the Council recognize Personal Data Protection as a fundamental freedom, repealing Directive 95/46/EC with the Regulation 2016/679/EU thanks to Article 16 par. 2 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFUE).

In this legal framework, the protection of physical person regarding processing of personal data involves a great effort to allow data processing on the basis of data subject's consent of the concerned or some other legitimate

law, in the exercise of their respective powers. They shall be judicially cognisable only in the interpretation of such acts and in the ruling on their legality. 6. Full account shall be taken of national laws and practices as specified in this Charter. 7. The explanations drawn up as a way of providing guidance in the interpretation of this Charter shall be given due regard by the courts of the Union and of the Member States.

(8) Article 6 - 1. The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties. The provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties. The rights, freedoms and principles in the Charter shall be interpreted in accordance with the general provisions in Title VII of the Charter governing its interpretation and application and with due regard to the explanations referred to in the Charter, that set out the sources of those provisions. 2. The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties. 3. Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law.

basis and to design a strong set of rights to ensure each person a real «control of their own personal data» (9).

The European Union model of data protection recognises “data subject” a positive freedom to control and intervention (*recht auf Informationelle selbstbestimmung*) (10). The recognition of such wide control and intervention protection on personal data suggests Italian Authors to consider “data subjects” not as passive subjects suffering data processing but more as active entities leading to a definition of their own identity. Pursuant the Regulation 2016/679/EU the right of personal data protection is more safeguarded than in the Directive 95/46/EC. In Chapter II personal data shall be processed lawfully (if they fulfil specific applications such as data subject consent or another legitimate basis, laid down by law or the legitimate interests pursued by the controller), fairly in a transparent manner; data shall be collected for specified, explicit and legitimate purposes (Article 5-6-7). Moreover, controllers must do an analysis and risk assessment to define the appropriate measures (physical, logical and organizational) to assure integrity and security of data adequate, relevant and limited, accurate, kept with storage limitation (Article 5-6-7).

The “data minimisation” principle is particularly relevant in GDPR since digital transformation and data exchange have evolved making frequent data collection for a variety of treatments (11).

Regarding this set of rights, it is possible to point out that Regulation 2016/679/EU confirms with a great continuity Directive 95/46/EC, strengthening “data subjects’ freedom”: the right to live without arbitrary and unwarranted interference, intrusion or limitation. Considering the great technological evolution, the relevant perspective change in personal data protection is that the adequacy of measures adopted to protect the rights of a data subject must also be continuously tested and evaluated (the so called “risk based approach” Article 32 Regulation 2016/679/EU) (12).

(9) See recital 11 «Effective protection of personal data throughout the Union requires the strengthening and setting out in detail of the rights of data subjects and the obligations of those who process and determine the processing of personal data, as well as equivalent powers for monitoring and ensuring compliance with the rules for the protection of personal data and equivalent sanctions for infringements in the Member States».

(10) Volkszählungsurteil (BVferG), 15 December 1983, 1 bVr 209/83.

(11) See CGCE, Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja Gonzales C-131/12 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=IT> .

(12) See WP29 Opinion 218/2014, *Statement on the role of a risk-based approach in data protection legal frameworks*.

In the next part of Regulation 2016/679/EU new tools are provided to guarantee each data subject which personal data can be processed to define “personal identity”. In Chapter III data subjects’ rights to receive transparent information, communication and modalities for the exercise of their rights (Article 12); information and access to personal data (Article 13-14-15 Regulation 2016/679/EU) are codified. These fundamental conditions protect “human identity” and let individuals decide which kind of personal data could be processed thanks to the recognition of the rights to rectification, erasure, restriction of processing, rights to data portability (Articles 16-17-18-19-20 Regulation 2016/679/EU).

The Regulation 2016/679/EU also imposes controllers to communicate the «breach of security leading to the accidental or unlawful destruction, loss, alteration, unauthorised disclosure of, or access to, personal data transmitted, stored or otherwise processed» to the individuals whose personal data have been affected by (Article 4 and Article 34). The Independent EU Advisory Body on Data Protection and Privacy outlines that new requirements strengthen data subjects’ right since communicating a “data breach” to individuals allows them «to protect themselves from its potential consequences» (13).

As a matter of fact, with this last set of rights, GDPR upholds the previous protections recognizing greater force being placed on individual personal freedom. In the new legal framework, data subjects are able to control and define which personal data could be processed.

Moreover, the right not to be subject to an automated decision-making including profiling which produces legal effects is strengthened in Regulation 2016/679/EU (Articles 21-22). This was already provided in the Directive 95/46/EC (Article 15). But since the Council of Europe increasingly took into consideration this issue in Recommendation CM/Rec(2010)13, the lawfulness of automatic processing of personal data in the context of profiling depends on the adoption of particular and “adequate” safeguards. Following from Regulation 2016/679/EU data subjects are protected with the right to receive specific information on mathematical procedures; the right to obtain a human intervention in decision-making; the right to express opinion and receive an explanation on the decision and, above all, the right to contest and appeal against the decision (see recital 71 and Article 22). Regarding the Independent EU Advisory Body on Data Protection and Privacy «human intervention is a

(13) See WP29 *Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679*, 3 October 2017.

key element. Any review must be carried out by someone who has the appropriate authority and capability to change the decision. The reviewer should undertake a thorough assessment of all the relevant data, including any additional information provided by the data subject» (14).

The Authors stressed that Regulation 2016/679/EU grants a vital acknowledgement: «[i]t stands to reason that an algorithm can only be explained if the trained model can be articulated and understood by a human. It is reasonable to suppose that any adequate explanation would, at a minimum, provide an account of how input features relate to predictions» (15). On the other hand, it is said that the right of explanation is «a harmful-restriction for artificial intelligence» since «it is often not practical or even possible, to explain all decisions made by algorithms» (16). The “big question” remains how this language affects deep neural networks that depend on vast amounts of data and generate complex algorithms that can be opaque even to those who put these systems in place (17). Predictive strategies based on algorithms could at the same time lead to systematic injury to human dignity and to the principle of non-discrimination, guaranteed to freedom of thought, choice and action (18).

4. Data Processing at Work in GDPR: the WP29 Opinion 2/2017

The new perspective change in GDPR personal data protection is clearly evident in the Opinion 249/2017 *on the processing of personal data in the employment context* issued by the Independent EU Advisory Body on Data Protection and Privacy (Article 29 Working Party so called WP29).

It must be evidenced that in GDPR the employee is not reserved for a particular set of protections against any one “data subject”. Despite the great

(14) See WP29 *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 3 October 2017.

(15) B. Goodman B. - S. Flaxman, *European Union regulation on algorithmic decision-making and a “right to explanation”* <https://arxiv.org/pdf/1606.08813.pdf>

(16) N. Wallace, *EU’s Right to Explanation: A Harmful Restriction on Artificial Intelligence* January 2017 <http://www.techzone360.com/topics/techzone/articles/2017/01/25/429101-eus-right-explanation-harmful-restriction-artificial-intelligence.htm>

(17) V. Mayer-Schönberger, *Regime Change? Enabling Big Data Through Europe’s New Data Protection Regulation* <http://www.stlr.org/cite.cgi?volume=17&article=SchonbergerPadova>

(18) Executive Office of the President, *Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights*, May 2016 https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/2016_0504_data_discrimination.pdf.

importance of individual rights at the workplace evidenced by the WP29 in the last decade (19), the European Union has not managed even this time in regulating the employment context with uniform specific binding EU rules (20).

Regarding data processing at work in the Regulation 2017/679/EU Article 9 merely provides for an exemption from the prohibition on processing sensitive data in the labor field and Article 88 is limited to allow member State to define specific rules to protect employees' right to personal data. From this viewpoint is important to analyze how the WP29 outlines the employees' risks to personal rights posed by new technologies and undertakes a general proportionality assessment, balancing the employees' rights and the employers' legitimate expectation to process personal data in managing human resources.

Referring to all workers (21), in the Opinion 2/2017 it is stressed that consent cannot legitimate data processing in the employment context due to the nature of the labor relationship (22). As a matter of fact, pursuant to the new rules on consent in GDPR, employees' consensus could hardly legitimate the personal data process, since the typical dependency of the labor relationship that rarely puts workers in a position to freely give, refuse or revoke consent.

(19) See <http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news-overview.cfm> and in particular the Opinion 8/2001 *on the processing of personal data in the employment context* http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2001/wp48_en.pdf and the 2002 Working Document *on the surveillance of electronic communications in the workplace* 29 May 2002, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2002/wp55_en.pdf.

(20) The interest of the matter is evident but in the Directive 95/46/CE, Article 27 merely promoted the development of codes of conduct in labor contract as a particular area: «The Member States and the Commission shall encourage the drawing up of codes of conduct intended to contribute to the proper implementation of the national provisions adopted by the Member States pursuant to this Directive, taking account of the specific features of the various sectors». Other documents on this matter were not binding: (Communication (97) 290, *The social and labour market Dimension of the Information Society; People First-Next Steps*; Communication from the Commission, *First stage consultation of social partners on the protection of workers' personal data*, 2001; Communication from the Commission, *Second stage consultation of social partners on the protection of workers' personal data*, 2004) and a Recommendation of the Council of Europe (2015) 5.

(21) The term “employee” «is intended to cover all situations where there is an employment relationship, regardless of whether this relationship is based on an employment contracts».

(22) «Employees are seldom in a position to freely give, refuse or revoke consent, given the dependency that results from the employer/employee relationship. (So) Unless in exceptional situations, employers will have to rely on another legal ground than consent – such as the necessity to process the data for their legitimate interest. However, a legitimate interest in itself is not sufficient to override the rights and freedoms of employees».

As previously outlined also in Opinion 8/2001, the legal basis for such data processing could normally be “performance of a contract” (meeting obligations under labor contract such as paying a salary, requiring the processing of personal data - Article 7 (b) Regulation 2016/679/EU; “legal obligations” imposed on the employer by employment law (where law constitutes the legal basis for the data processing) (Article 7 (c) Regulation 2016/679/EU) or the employer “legitimate interest” (Article 7 (f) Regulation 2016/679/EU). This final legal basis for processing implies specific mitigation measures to ensure a proper balance between the employer legitimate interest and employees’ fundamental rights and freedoms: monitoring limitation (geographical; data oriented; time-related) and appropriate technical and organizational measures.

In the Opinion 2/2017 it is outlined that in most cases, the legitimate interest of companies could be invoked to process employees’ data. This will imply a proportionality test (whether data are necessary, whether the processing outweighs the data protection rights) and an evaluation about what kind of measures should be taken to ensure the right to a private life and the right to secrecy of communications. In other words, for WP29 the processing purpose must be legitimate and the chosen method proportional to the business needs: «Data processing at work should be carried out in the least intrusive manner possible and be targeted to the specific area of risk».

Moreover, regardless of the legal basis, all processing operations must comply with the principle of transparency (Article 10 and 11 Regulation 2016/679/EU). Employees must always be clearly and fully informed with effective communication. The WP29 «recommends involving a representative sample of employees in the creation and evaluation of such rules and policies». The new requirements introduced by GDPR imply, for data controllers, to implement security measures (appropriate technical and organizational measures: see Article 17 Regulation 2016/679/EU). Moreover the new requirements grant employees the right not to be subject to an automated decision (Article 15 Regulation 2016/679/EU) and prevent the most privacy-friendly solutions with data minimization (data protection “by design and by default”).

Last but not least, according to GDPR the employer should carry out a Data Protection Impact Assessment (DPIA) if «a type of processing, in particular using new technologies, and taking into account the nature, scope and context and purpose of the processing itself is likely to result in a high risk to the rights and freedoms of natural persons» (Article 35 Regulation

2016/679/EU). Regarding recitals 71 and 91 Regulation 2016/679/EU “result in a high risk” evaluation or scoring, including profiling and predicting, especially from «aspects concerning the data subject’s performance at work, economic situation, health, personal preferences or interests, reliability or behavior, location or movements». The WP29 outlines that a DPIA is likely to be required if «a company systematically monitor(s) its employees’ activities, including the monitoring of the employees’ work station, internet activity» since it implies a «systematic monitoring and data concerning vulnerable data subjects» (23).

The DPIA should evolve in a Privacy Ethical and Social Impact Assessment (PESIA) (Mantelero 2016). «According to the need to balance all interests concerned in the processing of personal data, and in particular where information is used for predictive purposes in decision-making processes, controllers and processors should adequately take into account the likely impact of the intended Big Data processing and its broader ethical and social implications to safeguard human right and fundamental freedoms, and ensure the respect for compliance with data protection obligations as set forth by Convention 108» (24).

5. The Risks Analysis and Proportionality Assessment proposed in the WP29 Opinion 2/2017: Recruitment Process, in employment Screening and Monitoring at the workplace and outside it

According to the new perspective changing in the GDPR legal framework WP29 proposes a risk analysis on employees’ data protection and a proportionality assessment. In Opinion 2/2017 the Independent EU Advisory Body analyses some scenarios in which data processing in the employment context could have the potential to damage employees’ rights and stresses the

(23) See WP29, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is “likely to result in a high risk” for the purposes of Regulation 2016/679*, last revised and adopted on 4 October 2017.

(24) See the *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data* of the Council of Europe. Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, *Guidelines on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data in a World of Big Data*, Strasbourg 23 January 2017 in <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe7a>.

importance of finding a possible balance between workers' data protection right and companies' interests.

Regarding WP29, the first personal data processing potentially damaging for workers deals with recruitment. It referees to the «use of social media by individuals is widespread and it is relatively common for user profiles to be publicly viewable depending on the settings chosen by the account holder». In Opinion 2/2017 such a data process is considered lawful thanks to the legal grounds of “legitimate interest” (Article 7 (f) Regulation 2016/679/EU: the employer is «allowed to collect and process personal data relating to job applicants to the extent that the collection of those data is necessary and relevant to the performance of the job which is being applied for» but the candidates must be correctly informed (for example in the job advert).

The risk analysis and assessment proposed is important. It points out that “individual consent” during recruitment or in the employment context could not be a lawful legal ground for data processing, given the unequal relationship between the employee and the employer. In Opinion 2/2017 it is said that in the employment context the personal data process should be legitimate by legal grounds different from consent and in any case, should be proportionate, subsidiary, minimized and informed. Regarding WP29 the information on data process should communicate to workers whether companies process data publicly-available on various social networks.

In the Opinion 2/2017 it is stressed that «employers have (or can obtain) the technical capability of permanently screening employees by collecting information regarding their friends, opinions, beliefs, interests, habits, whereabouts, attitudes and behaviors therefore capturing data, including sensitive data, relating to the employee's private and family life». But it is also outlined that «in-employment screening of employees' social media profiles should not take place on a generalized basis» and «moreover, employers should refrain from requiring an employee or a job applicant access to information that he or she shares with others through social networking». It is said that monitoring or screening individuals (candidates or workers) should be related to business or private purposes, necessary «to protect (company's) legitimate interests» proportionate in the absence of «other, less invasive means available», transparent since «the former employees (should be) adequately informed about the extent of the regular observation of their public communications» and, above all, should respect the employee's private and family life rights.

This point is critical and it deals with the respect of private life and family life and with the lawfulness of limiting ancillary obligations in labor agreements. Using a social media profile could be contractually provided in the light of employee's tasks. Moreover, a worker's personal identity shown in an official profile on social networks could affect corporate image so it would always be better if clearly specified in the terms and conditions to set out clearly it in the employment contract. The fair balance, between workers' data protection right and companies' interests, suggested in the Opinion 2/2017 recommends to protect workers right to «retain the option of a “non-work” non-public profile that they can use instead of the “official” employer-related profile, and this should be specified».

The other scenario in which processing employees' personal data could be potentially damaging is concerned with the control on electronic communications in the workplace (e.g., phone, internet browsing, email, instant messaging, VOIP, etc.).

The conclusion in relation to the e-mail monitoring and use of internet remain valid, as referred to in 2001 Working Document on the surveillance of electronic communications in the workplace. Thus, «it is possible that an employer will implement an “all-in-one” monitoring solution, such as a suite of security packages which enable them to monitor all ICT usage in the workplace as opposed to just email and/or website monitoring as was once the case».

In the Opinion 2/2017 it is outlined that «the legal basis of Article 7(f) is only available if the processing meets certain conditions. Firstly, employers utilizing these products and applications must consider the proportionality of the measures they are implementing, and whether any additional actions can be taken to mitigate or reduce the scale and impact of the data processing. As an example of good practice, this consideration could be undertaken via a DPIA prior to the introduction of any monitoring technology. Secondly, employers must implement and communicate acceptable use policies alongside privacy policies, outlining the permissible use of the organization's network and equipment, and strictly detailing the processing taking place». Thirdly, the requirement of subsidiarity implies to give “prevention much more weight than detection”. For example, if there is a prohibited use of communications, «block(ing) websites instead of continuously monitoring all communications should be chosen in order to comply with this requirement of subsidiarity».

The other scenario, considered in the Opinion 2/2017, is data processing operations resulting from monitoring ICT usage outside the work

place. This practice is becoming more common since the growing of home and remote working. In Italy the possibility to recognize employee to work everywhere outside the company has been recently codified in law (the so - called *smart work* Act no.81/2017). Such labor relation «involves the employer issuing ICT equipment or software to the employees which, once installed in their home/on their own devices, enables them to have the same level of access to the employer's network, systems and resources that they would have if they were in the workplace, depending on the implementation». In the Opinion 2/2017 it is outlined that remote working presents additional risks for companies' data security «without the implementation of appropriate technical measures the risk of unauthorized access increases and may result in the loss or destruction of information, including personal data of employees or customers, which the employer may hold».

The requirement to mitigate the risks for data protection could suggest employers being allowed in «deploying software packages (either on-premise or in the cloud) that have the capabilities of, for example, logging keystrokes and mouse movements, screen capturing (either randomly or at set intervals), logging of applications used (and how long they were used for), and, upon compatible devices, enabling webcams and collecting the footage thereof». Contrary to this, in the Opinion 2/2017 it is stressed that «the processing involved in such technologies are disproportionate and the employer is very unlikely to have a legal ground under legitimate interest, e.g. for recording an employee's keystrokes and mouse movements». The fair balance suggested in the Opinion 2/2017 implies «addressing the risk posed by home and remote working in a proportionate, non-excessive manner» in other words the company must comply with Deming Cycle, defining proportionate data protection measures by default and by design.

What is certain is that risks on employees' rights could increase since the rising popularity of electronic devices and the recent widespread practice to "Bring Your Own Device" [BYOD] at work: «employees' use of their own devices will lead to employers processing non-corporate information about those employees, and possibly any family members who also use the devices in question». In the Opinion 2/2017 it is stressed that «monitoring the location and traffic of such devices may be considered to serve a legitimate interest to protect the personal data that the employer is responsible for as the data controller; however this may be unlawful where an employee's personal device is concerned, if such monitoring also captures data relating to the employee's private and family life». The fair balance proposed in the Opinion 2/2017

suggests to «distinguish between private and business use of the device appropriate measures», «implement methods by which their own data on the device is securely transferred between that device and their network (i. e. configuring device to route all traffic through a VPN back into the corporate network, so as to offer a certain level of security)»; use devices «that offer additional protections such as “sandboxing” data (keeping data contained within a specific app)» or at least prohibit «the use of specific work devices for private use if there is no way to prevent private use being monitored».

Continuous monitoring should be possible also thanks to Mobile Devices Management (MDM). Such tools let the employer locate devices remotely, deploy specific configurations and applications and delete data on demand. In the Opinion 2/2017 it is suggested to perform a Data Privacy Impact Assessment (DPIA) and to value whether the resulting «data processing complies with the principles of proportionality and subsidiarity». Data collection should respect a specific purpose, «could not form a part of a wider program enabling ongoing monitoring of employees” and “tracking features should be mitigated» to become «available only in circumstances where the device would be reported or lost».

Wearable devices could enable the employer to process personal data which is potentially really damaging for employees since they collect health data and activity, sometimes even outside the workplace. The sensitive nature of data involves an unlawful data process and is prohibited for employer (Article 8 Regulation 2016/679/EU). As it is described in Opinion 5/2014 on Anonymisation Techniques, it is technically very difficult to ensure complete anonymisation of the data.

The ‘badge’ and systems that enable employers to control entrances and exits from certain areas could be potentially damaging for employees, since new technologies can allow tracking «employees’ time and attendance are being more widely deployed, including those that process of biometric data as well as others such as mobile device tracking». In Opinion 2/2017, the processing could be necessary and lawful in the legitimate interests of the employer under Article 7(f) and should not overweight employees’ right to data protection if the system is installed in order to comply with legal obligations to secure the data against unauthorized access. «However, the continuous monitoring of the frequency and exact entrance and exit times of the employees cannot be justified if these data are also used for another purpose, such as employee performance evaluation».

Similarly disproportionate to the rights and freedoms of employees, and, therefore, generally unlawful, could be monitoring and surveillance by video or by technologies installed on company vehicles. The application of technology on video could allow employer «to access the collected data remotely (e.g. via a smartphone) easily (with a) (...) reduction in the cameras' sizes (along with an increase in their capabilities, e.g. high-definition)» and to process data performing by new video analytics (for example monitoring facial expressions by automated means, identifying deviations from predefined movement patterns and more). In Opinion 2/2017, it is stressed that the processing could also involve profiling and automated decision-making and that a fair balance «should refrain employers from the use of facial recognition technologies».

Telematics vehicles could allow employer to collect *data* about both the vehicle and the driver: not just the location of the vehicle (and, hence, the employee) by basic GPS tracking systems, but also a wealth of other information including driving behavior or even an event. «Employers might be obliged to install tracking technology in vehicles to demonstrate compliance with other legal obligations, e.g. to ensure the safety of employees who drive those vehicles» or he could «have a legitimate interest in being able to locate the vehicles at any time». A legal basis for monitoring employees and the vehicles' locations can easily be found, however, in a fair balance in the Opinion 249/2017 is outlined that «it should first be assessed whether the processing for these purposes is necessary, and whether the actual implementation complies with the principles of proportionality and subsidiarity. (...) For example, this could mean that, in order to prevent car theft, the location of the car is not registered outside working hours, unless the vehicle leaves a widely defined circle (region or even country). In addition, the location would only be shown in a “break-the-glass” way - the employer would only activate the “visibility” of the location, accessing the data already stored by the system, when the vehicle leaves a predefined region».

As stated in the WP29 Opinion 13/2011 on Geolocation services on smart mobile devices «the employer must clearly inform the employees that a tracking device has been installed in a company vehicle that they are driving, and that their movements are being recorded whilst they are using that vehicle (and that, depending on the technology involved, their driving behaviour may also be recorded). Preferably such information should be displayed prominently in every car, within eyesight of the driver». In particular, if the use of a private vehicle is allowed, the most important measure «an employer can

take to ensure compliance with (...) (GDPR) principles is the offering of an opt-out: the employee in principle should have the option to temporarily turn off location tracking when special circumstances justify this turning off, such as a visit to a doctor».

The European Court of Human Rights likewise confirmed the lawful of GPS surveillance and the processing and use of the data of a suspected of involvement in bomb attacks by a left-wing extremist movement since the monitoring «had pursued the legitimate aims of protecting national security, public safety and the rights of the victims, and of preventing crime (and) it had also been proportionate: GPS surveillance had been ordered only after less intrusive methods of investigation had proved insufficient, had been carried out for a relatively short period (some three months), and had affected the applicant only when he was travelling in his accomplice's car» (25).

Similarly, there are event data recorders being placed into vehicles that could enable the employer to record at certain times, abrupt directional change or accidents, but could also be set to monitor continuously, to observe and review an individual's driving behaviour with the aim of improving it. In the Opinion 2/2017 «the continuous monitoring of employees with such cameras constitutes a serious interference with their right of privacy». Opting for a fair balance, it is suggested to use «other methods (e.g., the installation of equipment that prevents the use of mobile phones) as well as other safety systems like an advanced emergency braking system or a lane departure warning system that can be used for the prevention of vehicle accidents which may be more appropriate».

For all of the applications mentioned above that could allow a form of continuous employees' monitoring and surveillance «the employer must ensure that the collected data are not used for illegitimate further processing, such as the tracking and evaluation of employees». The WP29 seems to have adopted a stricter interpretation of the employee's rights respect CEDU (26). In a recent pronouncement the Court states that the notification about the possibility of monitoring correspondence and other communications should be clear about the nature of the monitoring and be given to employee in advance; that the monitoring should be limited in time and in the number of people who had access to the results; that the monitoring requires weightier justification since is more invasive method; that the monitoring system should

(25) CEDU, 2 September 2010, *Uzun v. Germany* (application no. [35623/05](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{))
[https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-3241790-3612154"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)

(26) See http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf

be based on less intrusive methods and measures than directly accessing the content of the employee's communications (27).

Last but not least, other two scenarios involved in the Opinion 2/2017 refer both to the employees' *data* disclosure to third parties and to international transfer of HR *data*.

Regarding employee's data disclosure to customers in the Opinion 249/2017 it is clear that providing third parties with employees' passport photos or location could have a legal standing only if in the employer's legitimate interest (Article 7 (f) Regulation 2016/679/EU), since employees would not be in a position to give free consent. However, such data processing should be proportionate to have a legal standing.

As regards HR trans-border data flow, as previously outlined in Opinion 8/2001, the transferring of personal data to a third country outside the EU (which is not a synonym of communication) (28), could take place only if an "*adequate level of protection*" is ensured. As previous Art. 25 Directive states, the *adequate level* must be related with an effective protection of individual rights. «It should thus be ensured that these provisions concerning the international transfer of data are complied with. WP29 re-states its previous position that it is preferable to rely on adequate protection rather than the derogations listed in Art. 26 of the DPD; where consent is relied on it must be specific, unambiguous and freely-given. However, it should also be ensured that the data shared outside the EU/EEA, and subsequent access by other entities within the group, remains limited to the minimum necessary for the intended purposes».

6. GDPR Member State Possibility to Ensure Workers' Right to Personal Data Protection

Each member State has the chance to strengthen the workers' personal data protection—providing for procedural rules. Article 88 par. 1 Regulation 2016/679/EU codifies the purposes of these specific rules: recruitment; performance of the employment contract (including discharge of obligations laid down by law or collective agreements); management, planning and organization of work; equality and diversity in the workplace; health and safety

(27) CEDU Grand Chamber 5 September 2017, *Bărbulescu v. Romania* (application no. 61496/08 http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf)

(28) CGCE 6 November 2003, *Bodil Lindqvist C-101/01*.

at work; protection of an employer's or customer's property; exercise and enjoyment (on an individual basis) of rights and benefits related to employment; termination of the employment relationship. Moreover, such rules should include particular measures to safeguard employees' human dignity, legitimate interests and fundamental rights, with particular regard to: the transparency of processing; the transfer of personal data within a group of undertakings or group of enterprises engaged in a joint economic activity; and monitoring systems at the workplace (Article 88 par. 2 Regulation 2016/679/EU).

In Italy, Article 13 Act 25 October 2017, no.163 published in the G.U. no.259 on the 6th November 2017 gives the Government the power to adopt GDPR into national legislation (29). It provides the Government with a few tasks: repealing the part of Italian Code of Privacy which is in contrast with GDPR; changing the Italian Code of Privacy to implement GDPR; coordinating the Italian Code of Privacy to GDPR; implementing specific measures adopted by the Italian Independent Body of Data Protection; adapting the Italian sanctions system to GDPR.

The delegation mentioned above is synthetic but general, and it could allow the Government to strengthen workers' personal data protection.

Regardless the importance of recognizing any real effectiveness to employees' data protection rights, it could be crucial first of all to issue rules in the Code of Civil Procedure, in the case of unlawful data processes. This kind of measure involves also specific rules of Civil Procedure about digital evidence classified as «data (comprising the out put of analogue evidence devices or data in digital format) that is created, manipulated, stored or communicated by any device, computer or computer system or transmitted over a communication system, that is relevant to the process of adjudication» (30). We should take into account that «the very nature of data and information held in electronic form makes it easier to manipulate than traditional forms of data, that all legal proceedings rely on the production of evidence in order to take place and that electronic evidence is no different from traditional evidence in that is necessary for the party introducing it into

(29) <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/ID0029B.Pdf>.

(30) S. Mason, *Electronic Evidence: Disclosure, Discovery and Admissibility*, London, LexisNexis Butterwords, 2007.

legal proceedings, to be able to demonstrate that it is no more and no less than it was, when it came into their possession» (31).

Moreover, it could be opportune to give effectiveness to employee's right of data protection ensuring a "privileged access" to anti-discriminatory remedies inverting the onus of proof in case of using algorithms' mechanism in HR management without a Privacy Ethical and Social Impact Assessment (PESIA).

7. Conclusion

The right to *personal data protection* has been codified in multilevel legal frameworks (CEDU; EU Treaties; Directives and Regulations), first as a right to respect private life and then as a freedom and an individual human right. At the moment, pursuant to GDPR, this individual right allows an employee to control each their own data process or each their own personal identity. A personal identity that is a result of a diachronic identification process of each human being (32). Outlining our personal identities, we tread a path dotted by choices, not always explicit and conscious but negotiated and revisable (33). Multiple parts of information or factors that could be the makings of personal identity often co-exist during the life.

Each one of us should have the freedom to decide which ~~one~~ identity should prevail in the context of employment. Freedom allows us that kind of choice regarding standards belonging to social collective microcosms (34). The right to protect personal data recognises a control on the "personal hologram" accuracy cyclically defined through our personal data collected and correlated by others.

However, this individual right is not absolute and it does not always prevail over companies' interests to improve business through processing personal data. The analysis and risk assessment on the employees' right to

(31) SADFE2015, *Proceedings of the 10th International Conference on Systematic Approaches to Digital Forensic Engineering* in <http://sadfe2015.safesocietylabs.com/wp-content/uploads/2015/10/SADFE-2015-Proceedings.pdf>.

(32) R. Posner, *Are We One Self or Multiple Selves? Implications for Law and Public Policy*, in *Legal Theory*, 1997, 3, 23-35.

(33) G. Pino, *L'identità personale* in S. Rodotà – M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010.

(34) K.A. Appiah, *The Ethics of Identity*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2005.

protect personal data proposed in the Opinion 2/2017 on the processing of personal data in the employment context suggests that workers are in a weak position. This could be true especially as regards the Human Resource Analytics (HR Analytics) that refer to applying analytic processes to the human resource department of an organization in the hope of improving employee performance and, therefore, getting a better return on investment.

Naturally the Big Data Challenge is promoting fairness, ethics, and mechanisms for mitigating discrimination in employment opportunity. The DPIA should evolve in a Privacy Ethical and Social Impact Assessment (PESIA) (35), but it might not be enough. It might be reasonable to prevent companies from acquiring an excessive power on processing Big Data and to enforce the rights of control and autonomous choice of personal data in a form of self-determination for individuals.

Moreover, it could be crucial «to ensure that personal autonomy and the right to control personal data are guaranteed and can be exercised by individuals in a Big Data context» (36). Workers' rights in each member State should be strengthened by providing civil procedural rules ~~tools~~ to carry this out, thanks to Article 88 Regulation 2016/679/UE.

(35) A. Mantelero, *Personal data for decisional purpose in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection* in *Computer Law and Security Review*, 2016, 32, 245.

(36) Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, *Guidelines on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data in a World of Big Data*, Strasbourg 23 January 2017 in <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe7a>.

Bibliography

- Appiah K.A., *The Ethics of Identity*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2005.
- Bevitt A. – Stack C., *Preparing for the GDPR – advice for employers*, Privacy&Data Protection Journal (PDP), <https://www.cooley.com/files/Preparing%20for%20the%20GDPR.pdf>
- ENISA, *Privacy by design in big data. An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics*, 2015 <https://www.enisa.europa.eu/publications/big-data-protection>
- Executive Office of the President, *Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights*, May 2016 https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/2016_0504_data_discrimination.pdf
- Goodman B. – Flaxman S., *European Union regulation on algorithmic decision-making and a “right to explanation”* <https://arxiv.org/pdf/1606.08813.pdf>
- Goodman B., *A Step Towards Accountable Algorithms?: Algorithmic Discrimination and the European Union General Data Protection* <http://www.mlandthelaw.org/papers/goodman1.pdf>
- Mayer-Schönberger V., *Regime Change? Enabling Big Data Through Europe’s New Data Protection Regulation* <http://www.stlr.org/cite.cgi?volume=17&article=SchonbergerPadova>.
- Mantelero A., *Personal data for decisional purpose in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection* in *Computer Law and Security Review*, 2016, 32, 245.
- Mason S., *Electronic Evidence: Disclosure, Discovery and Admissibility*, London, LexisNexis Butterwords, 2007.
- Pino G., *L’identità personale* in S. Rodotà – M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. Rodotà – P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010
- Pizzetti F., *Intelligenza artificiale e salute: il sogno dell’immortalità alla prova del GDPR* 15 settembre 2017 <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/intelligenza-artificiale-e-salute-il-sogno-dellimmortalita-alla-prova-del-gdpr/>
- Posner R., *Are We One Self or Multiple Selves? Implications for Law and Public Policy*, in *Legal Theory*, 1997, 3, 23-35.
- SADFE 2015, *Proceedings of the 10th International Conference on Systematic Approaches to Digital Forensic Engineering* in <http://sadfe2015.safesocietylabs.com/wp-content/uploads/2015/10/SADFE-2015-Proceedings.pdf>
- Sen A., *Identity and Violence*, London, Allen Lane, 2006
- Wallace N., *EU’s Right to Explanation: A Harmful Restriction on Artificial Intelligence* January 2017 <http://www.techzone360.com/topics/techzone/articles/2017/01/25/429101-eus-right-explanation-harmful-restriction-artificial-intelligence.htm>

Allegati:

Link text *Opinion paper 249/2017 on data processing at work* of Article 29 Data Protection Working Party, 8 June 201: <https://t.co/FNH77m3b5B>.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**L'intimazione del licenziamento nell'era digitale:
dalla notificazione a mezzo raccomandata
all'invio tramite *WhatsApp***

ANNA ROTA
Università di Bologna

vol. 3, no. 2, 2017

ISSN: 2421-2695



L'intimazione del licenziamento nell'era digitale: dalla notificazione a mezzo raccomandata all'invio tramite *WhatsApp*

ANNA ROTA

Università di Bologna

Dottoranda di ricerca in Diritto del Lavoro

anna.rota2@unibo.it

ABSTRACT

The Author proposes to analyze the incidence of electronic communication tools in the context of labor relations, in particular examining the impact on the extinction phase of the employment relationship.

After a review of the jurisprudence that evaluated the suitability of sms, e-mails and *WhatsApp* to supplement the requirement of the written form of dismissal, as required by art. 2, co. 1, l. 604/1966, the contribution deals with limits of such applications, as regards the absence of autographed subscription and the main criticalities that the short message system and twitter present above the obligation to motivation.

The last focus is about on issues that are not yet subject to litigation, in order to evaluate its potential for the prerogatives that the law intended to preserve by introducing the obligation of written form in the dismissal.

Keywords: forma scritta del licenziamento; obbligo di motivazione del recesso; notificazione del licenziamento a mezzo *sms*, *e-mail*, *WhatsApp* e *social network*; inefficacia del licenziamento; danni alla persona del lavoratore.

L'intimazione del licenziamento nell'era digitale: dalla notificazione a mezzo raccomandata all'invio tramite *WhatsApp*

SOMMARIO: 1. L'incidenza della innovazione tecnologica nella gestione del rapporto lavorativo: come cambia la comunicazione del licenziamento? – 2. L'efficacia del recesso datoriale via *sms* e tramite *e-mail*: giurisprudenza di merito a confronto. – 2.1. L'assimilazione al documento informatico privo di firma elettronica o con firma elettronica semplice. – 3. Alcune questioni giuridiche: la sottoscrizione del recesso è implicita o superflua? – 4. Segue: quali “interferenze” con l'obbligo di motivazione? – 5. Riflessioni a margine del messaggio vocale trasmesso a mezzo *WhatsApp*. – 6. ... e del licenziamento postato su *Facebook* – 7. Conclusioni.

1. L'incidenza della innovazione tecnologica nella gestione del rapporto lavorativo: come cambia la comunicazione del licenziamento?

Sono sempre più frequenti le occasioni in cui gli strumenti di comunicazione elettronica assumono rilevanza nell'ambito delle relazioni di lavoro. Crescente è il loro impatto tanto in relazione al momento della costituzione del rapporto, quanto durante la fase esecutiva e di estinzione del vincolo contrattuale.

Sul versante normativo rileva da ultimo il d.l. n. 50/2017, conv. con l. n. 96/2017 recante la «Disciplina delle prestazioni occasionali. Libretto Famiglia. Contratto di prestazione occasionale»: la gestione del rapporto è veicolata da una piattaforma digitale predisposta dall'I.N.P.S. (art. 54*bis*, co. 9) e si basa su un sistema di notificazione al collaboratore realizzata a mezzo *sms* o posta elettronica. Con specifico riferimento al libretto di famiglia, riguardante le attività destinate ai privati per soddisfare esigenze di tipo personale o familiare, è previsto che tali applicativi siano adottati per fornire indicazioni circa «il compenso pattuito, il luogo di svolgimento e la durata della prestazione, nonché ogni altra informazione necessaria ai fini della gestione del rapporto» (art. 54*bis*, co. 12).

Un'analogha predilezione per gli strumenti tecnologici denotano i recenti interventi legislativi riguardanti la risoluzione consensuale del rapporto e le dimissioni del lavoratore. Uno dei decreti attuativi del *Jobs Act* ha imposto, a pena di inefficacia, che ciascuna di esse sia formalizzata con modalità telematiche e trasmessa al datore tramite posta elettronica (anche certificata) oltre che alla sede

dell'Ispettorato del Lavoro territorialmente competente (art. 26, d.lgs. n. 151/2015) (1).

Parallelamente va segnalato il non più modesto numero di pronunce di merito che hanno valutato l'efficacia del recesso, in particolare datoriale, notificato attraverso strumenti diversi da quelli tradizionalmente utilizzati (2). La spedizione della raccomandata con avviso di ricevimento (3) lascia lo spazio allo *short message service*, alla posta elettronica, a *WhatsApp* e a tutta una serie di applicazioni che, inevitabilmente, finiscono per interrogare il giurista sulla loro idoneità a integrare una valida manifestazione di volontà.

L'innovazione tecnologica induce a soffermarsi sulla compatibilità di tali modalità comunicative con l'art. 2, l. n. 604/1966 che, a carico del datore di lavoro, prescrive l'obbligo di intimare il licenziamento in forma scritta al fine di «garantire un quadro di certezza circa il significato inequivocabile dell'atto compiuto» (4).

Dopo aver suscitato interesse il recesso comunicato attraverso l'affissione sulla bacheca di cantiere (5) o la consegna del libretto di lavoro indicante la data di cessazione del rapporto (6), è la società post-industriale ad arricchire il dibattito

(1) In tema, tra gli altri: A. FENOGLIO, *Le dimissioni dal lavoro: corsi e ricorsi storici sotto la lente dell'analisi empirica*, RIDL, 2016, I, 2, 253 ss. C. DI CARLUCCIO, *Dimissioni: problemi esegetici e soluzioni interpretative. Nuove prospettive schiuse dal d.lgs. n. 151/2015*, ADL, 2016, 1, 190 ss.; M. MICELI, *La riformulazione della disciplina delle dimissioni e della risoluzione consensuale alla luce del Jobs act*, MGL, 2016, 137 ss. Per un approfondimento sulle modalità tecniche di compilazione e trasmissione del modulo v. il d.m. 15 dicembre 2015, a firma del Ministro del Lavoro e la successiva circolare n. 12/2016.

(2) Non mancano esempi di dimissioni del lavoratore trasmesse via *sms*. Sulla casistica anteriore all'emanazione della l. n. 92/2012 P. POLIZZOTTO, *Dimissioni e nuovi mezzi di comunicazione: un caso tra passato e futuro*, LG, 2014, 11, 1014 ss.; R. NUNIN, *Addio al posto con un sms*, *Diritto civile - lavoro. Foro friuliano*, 2014, 2 nt. a T. Udine 12 marzo 2014. Sotto la vigenza del d.lgs. n. 151/2015: T. Milano 18 maggio 2017, n. 1488, DJ. Il contenzioso si sviluppa mentre Cass. pen, sez. VI 11 luglio 2017, n. 51678 ha valutato se l'invio di *sms* al datore per chiedere le retribuzioni arretrate possa costituire «invadenza e intromissione inopportuna, tale da integrare il reato di molestie».

(3) Fra le altre: Cass. 24 aprile 2003, n. 6527, DPL, 2003, 2476; Cass. 16 gennaio 2006, n. 758, RIDL, 2006, II, 625 ss., nt. M. VINCIGUERRA, *Della comunicazione di licenziamento a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento*.

(4) Così V. BAVARO – M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, WP CSDLE, *it.*, 305/2016, 18.

(5) Su cui, Cass. 29 aprile 1977, n. 1654, MGL, 1978, 63. Tra le pronunce di merito: P. Roma 29 ottobre 1970 e P. Tivoli 19 dicembre 1974, entrambe in RGL, 1975, II, 422 e 554; A. Roma 8 ottobre 1974, RGL, 1975, II, 668, P. Caulonia 26 maggio 1986, GM, 1987, 1217.

(6) Cfr. Cass. 13 agosto 2007, n. 17652, RIDL, 2008, II, 1, 172, nt. M. D'ONGHIA, *La forma del licenziamento: brevi riflessioni sulla richiesta di forme sostitutive della usuale dichiarazione scritta*; Cass. 17 marzo 2009, n. 6447, *Guida Lav.*, 2009, 18, 67. Più recentemente: M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Cedam, 2015, 280 ss.; L. DI PAOLA, *Il*

sul «rigorismo formale nell'ambito giuslavoristico» (7) con nuove, e forse più complesse, questioni giuridiche.

2. L'efficacia del recesso datoriale via *sms* e tramite *e-mail*: giurisprudenza di merito a confronto

La riflessione sulla portata applicativa dell'art. 2, co. 1, l. n. 604/1966 nella *digital society*, avviata a livello giurisprudenziale, si è concentrata sull'idoneità di alcune delle più moderne modalità di comunicazione a determinare effettivi estintivi del rapporto lavorativo.

A fronte d'un quadro normativo che si limita a sancire l'obbligo della forma scritta del recesso senza tuttavia precisare con quali modalità, buona parte dei giudici hanno escluso la natura verbale del licenziamento ove «pervenuto al lavoratore ancorchè su un supporto di tipo diverso rispetto a quello solito, che è cartaceo» (8).

Nel caso di notificazione tramite lo *short message system*, l'idoneità di un atto "dematerializzato" a perseguire gli scopi della l. n. 604/1966 è stata dapprima succintamente (e forse un po' sbrigativamente) motivata dall'esigenza di adattare il precetto allo «stato della tecnologia» e tenendo conto «della valenza del *sms* nell'attuale sistema degli scambi e delle comunicazioni» (9). A questa decisione, che inaugura un nuovo capitolo della riflessione sulle potenzialità dell'informatica nella gestione del rapporto lavorativo - in particolare occupandosi di «un nuovo modo di scrivere in cui il flusso degli elettroni costituisce il nuovo inchiostro» e «le memorie elettriche o elettroniche la nuova carta» (10) - si sono aggiunte pronunce che hanno parificato tale modalità di notificazione a quella realizzata tramite *telex*

licenziamento orale in Il licenziamento. Dalla legge Fornero al Jobs Act, a cura di L. DI PAOLA, Giuffrè, 2016, 129 ss.

(7) Tra gli altri: G. FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, GDLRI, 1989, 555 ss.; *amplius* M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 2005.

(8) Così T. Torino 20 maggio 2010, n. 2114, inedita; A. Firenze 5 luglio 2016, n. 629, *ADL*, 2017, 1, 189, nt. C. LAZZARI, *La comunicazione del licenziamento alla prova delle nuove tecnologie* ed in *RIDL*, 2017, 1, 120, nt. A. ROTA, *Sul licenziamento intimato via sms*; T. Lucca 20 luglio 2017, inedita.

(9) T. Torino 20 maggio 2010, n. 2114, *cit.*

(10) Così A. LISI – M. SCIALDONE, *Il documento informatico e le firme elettroniche in Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, a cura di G. CASSANO – I.P. CIMINO, Cedam, 2009, 450 in richiamo di R. BORRUSO, *La scrittura informatica in L'informatica per il giurista. Dal bit a Internet* a cura di R. BORRUSO – C. TIBERI, Giuffrè, 2001, 50.

(11) e telegramma dettato per telefono (12), mutuando conseguentemente i principi enucleati in via interpretativa in relazione a tali forme di trasmissione (13).

Più recentemente l'*iter* argomentativo dei giudici si fonda sull'assimilazione al documento informatico, per come definito ai sensi del Codice dell'Amministrazione digitale contenuto nel d.lgs. n. 82/2005 e da ultimo sottoposto a revisione ad opera del d.lgs. n. 179/2016 (14). Ai sensi di quest'ultimo provvedimento, si ritiene tale qualsiasi documento costituito da una «rappresentazione elettronica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» (art. 1, lett. p), d.lgs. n. 82/2005), e non più la «rappresentazione informativa di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» (15), oppure il supporto su cui tale documento sia registrato (16).

La stessa soluzione è stata adottata nel contenzioso promosso, pur con qualche anno di ritardo rispetto ad altri ordinamenti (17), in relazione all'applicazione *WhatsApp*. Nell'unica fattispecie analizzata dalla giurisprudenza del

(11) T. Torino 23 luglio 2014, *Nuovo Not. Giur.*, 2015, 1 85 ss, nt. FORNATTO. Criticità rispetto a tale forma di trasmissione sono segnalate da G. PELLACANI, *La forma del licenziamento per motivi oggettivi* in G. PELLACANI – M.L. GALANTINO, *Licenziamenti: forma e procedura*, Giuffrè, 2011, 74- 78. L'A. richiama quella dottrina che ha rilevato «come l'intestazione del *fax* possa essere creata anche provvisoriamente e modificata a piacimento da chiunque» e considerato eventuali problematiche dell'apparecchio ricevente, in contrapposizione alla tesi maggioritaria che lo ritiene strumento idoneo a garantire con sufficiente certezza l'effettività della comunicazione.

(12) A. Firenze 5 luglio 2016, n. 629, *cit.*

(13) V. Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689, *RIDL*, 2004, II, 777, nt. M. COVI, *Ancora sull'impugnazione del licenziamento mediante telegramma*; Cass. 30 ottobre 2000, n. 14297, *RIDL*, 2001, II, 371, nt. M. PALLA, *Revirement della S.C. sulla legittimità dell'impugnazione del licenziamento mediante telegramma telefonico*.

(14) Così T. Genova 23 aprile 2016, n. 223, *Guida Lav.*, 30, 44, nt. M. VICECONTE, *Licenziamento valido anche se comminato tramite sms*; A. Firenze 5 luglio 2016, *cit.*; T. Lucca 20 luglio 2017, *cit.* Tale ricostruzione sembra mutuare l'esegesi prospettata in sede civile da T. Cuneo 15 dicembre 2003, *Dir. Inf.*, 2005, 33.

(15) Definizione adottata dal d.lgs. n. 82/2005, prima del varo del d.lgs. n. 179/2016.

(16) Questa scelta era stata compiuta dalla l. n. 547/1993. Per un confronto tra vecchia e nuova definizione cfr. A. LISI – M. SCIALDONE, *op. cit.*, 450 ss.; R. BORRUSO, *La scrittura informatica* in R. BORRUSO – S. RUSSO – C. TIBERI, *L'informatica per il giurista. Dal bit a Internet*, Giuffrè, 2009, 54 ss.; P. TONINI, *Il documento informatico: problematiche civilistiche e penalistiche a confronto*, *CG*, 2012, 3, 432 ss.

(17) Il tema risulta più sviluppato ad esempio in Spagna, su cui M.E. CUARDROS GARRIDO, *El uso del WhatsApp en las relaciones laborales*, *Nueva Rev. Esp. Der. Trab.*, 2014, n. 171 e da ultimo, M.J. CERVILLA GARZON, *Incidenza dell'utilizzo di WhatsApp nell'ambito dei rapporti di lavoro: dottrina e giurisprudenza in Spagna*, *DRI*, 2016, 4, 1216 ss., spec. 1219- 1220. Quest'ultima, dopo aver commentato *Tribunal Superior de Justicia de Madrid* del 6 ottobre 2015 che ha ritenuto validamente formalizzate, a mezzo *whatsapp*, le dimissioni d'una lavoratrice, ha evidenziato l'eterogeneità delle posizioni emerse in relazione all'efficacia del recesso intimato nelle medesime forme dal datore. Facendo leva sull'art. 55, par. 1, St. Lavv. - che sancisce la forma scritta del licenziamento disciplinare - il T. andaluso ha escluso la validità del recesso, diversamente da quanto successivamente concluso dal T. della Galizia.

lavoro, è stato ritenuto che «la volontà di licenziare è stata comunicata per iscritto alla lavoratrice in maniera inequivoca» (18).

In maniera difforme si sono espressi il Tribunale di Monza, che ha escluso la validità del recesso intimato tramite *short message system*, addebitandogli di «non garantire con certezza l'autore dell'atto, né la data di invio e ricezione» (19) ed una sentenza del Tribunale di Firenze, poi riformata in secondo grado, che nel 2015 ha accolto il ricorso di un lavoratore ritenendo che il licenziamento via *sms* costituisca un atto intimato in forma orale (20).

Meno ricca si presenta la giurisprudenza in tema di licenziamento via *e-mail*. Una parte delle pronunce nega l'efficacia del recesso (21), in quanto non scritto e mancante di sottoscrizione *ex art. 2702 c.c.*, offrendo un'interpretazione che diverge da quanto affermato da altra giurisprudenza (minoritaria a quanto consta) in relazione ad un licenziamento comminato tramite lo strumento della posta elettronica sprovvista di firma autografa dell'autore. Questa seconda conclusione è stata prospettata nell'ambito di un procedimento avviato per contestare la validità d'un licenziamento allegato, come *file word*, ad un messaggio di posta elettronica non certificata recapitato alla casella professionale del lavoratore (ritenuta alla stregua dell'indirizzo del destinatario ai sensi dell'art. 1335 c.c., con conseguente presunzione di conoscenza delle comunicazioni giunte alla casella del lavoratore durante l'orario di servizio) (22).

Ad una prima valutazione, la casistica esaminata si presenta in prevalenza accomunata dall'esito sfavorevole al lavoratore ed, al contempo, si connota di un dato che non pare trascurabile. Buona parte del contenzioso scaturisce da piccole realtà imprenditoriali nelle quali prevalgono relazioni poco formali e dove,

(18) T. Catania 27 giugno 2017, *Labor* 2017, 2, nt. G. PISTORE, *Legittimo il licenziamento intimato mediante Whatsapp*; in *Guida Lav.*, 2017, 31, 27 ss., con commento critico di FAILLA. A tale conclusione il T. di Catania è pervenuto rifacendosi all'insegnamento della Cassazione secondo il quale «la volontà estintiva può essere comunicata al lavoratore, anche in forma indiretta, purchè essa risulti in modo inequivoco, chiaro e facilmente intellegibile». Cfr., tra le altre, Cass. 19 luglio 2012, n. 12499, *GC Mass.*, 2012, 7-8, 932; Cass. 13 agosto 2007, n. 17652, *cit.* Tra le pronunce di merito, da ultimo, T. Roma 4 aprile 2017, n. 3223, *DJ*, ha escluso che un *sms* avente per contenuto «ti chiamo in giornata, ti faccio sapere» fosse idoneo a evidenziare una volontà di recesso da parte del datore.

(19) T. Monza 10 giugno 2013, *DJ*.

(20) T. Firenze 22 luglio 2015, n. 848, inedita.

(21) Così T. Roma 20 dicembre 2013, *Giust.Civ.comm.*, nt. O. RAZZOLINI, *Inefficacia del licenziamento intimato a mezzo di posta elettronica non certificata*; T. Frosinone 15 febbraio 2016, *LPO*, 2016, 7-8, 472, nt. FRONTINI, *Inefficacia di licenziamento comunicato con e-mail priva di firma digitale nel caso di e-mail sprovvista di firma digitale*.

(22) V. T. Milano 5 ottobre 2010, *LPA*, 2010, 3-4, 657, nt. S. FERRARIO, *La risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro del personale pubblico con quaranta anni di anzianità contributiva*. Negli stessi termini conclude G. PELLACANI, *ult. op. cit.*, 93.

sovente, il confine tra ruolo professionale e personale è particolarmente labile e sfumato (23).

2.1. L'assimilazione al documento informatico privo di firma elettronica o con firma elettronica semplice

L'analisi induce a soffermarsi sull'assimilazione degli esaminati applicativi al documento informatico (24). In tale categoria sono ricompresi: il documento informatico privo di firma elettronica; il documento informatico con firma elettronica semplice; quello munito di firma elettronica avanzata, qualificata o digitale (25).

Precedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 179/2016, il legislatore sanciva che fossero liberamente valutabili in giudizio l'idoneità del documento informatico sprovvisto di firma elettronica (art. 20, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 82/2005) o con firma elettronica semplice (art. 21, co. 1, d.lgs. n. 82/2005) a soddisfare la forma scritta ed il relativo valore probatorio, tenuto conto delle caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità (26).

Secondo l'attuale quadro regolativo, l'art. 20, co. 1 *bis*, Codice dell'Amministrazione digitale non ha subito alcuna modifica, mentre con riguardo al documento informatico sottoscritto elettronicamente, con qualsiasi tipo di firma, si riconosce - diversamente dal passato - che esso soddisfa (sempre) il requisito della forma scritta.

(23) Solo per citare alcuni esempi, in due casi il messaggio è stato inviato a *barman* di piccoli punti di ristoro (T. Genova 23 aprile 2016; T. Firenze 22 luglio 2015, n. 848), in altre occasioni indirizzato alla dipendente di un'agenzia di viaggi (T. Catania 27 giugno 2017), ad un addetto alle vendite di una ditta individuale nel settore della telefonia (T. Torino 20 maggio 2010, n. 2114), al collaboratore d'un piccolo salone di parrucchieria (T. Torino 23 luglio 2014).

(24) Su tale assimilazione già G. PELLACANI, *op. cit.*, 78-93.

(25) Sulle differenze tra firma elettronica avanzata, qualificata e digitale, fra gli altri: S. BARBARO, *Un decreto ingiuntivo fondato sulla produzione di una mail: la posta elettronica non certificata non supera il vaglio del Tribunale di Roma*, *Dir. Informat.*, 2011, 3, 520; G. FINOCCHIARO, *Ancora novità legislative in materia di documento informatico: le recenti modifiche al Codice dell'amministrazione digitale*, *Contr. Impr.*, 2011, 2, 495 ss.

(26) In dottrina, A. LISI – M. SCIALDONE, *op. cit.*, 475-477 parlano di «una evoluzione del concetto della forma scritta, legata alla natura del documento informatico e ad una certamente problematica valutazione giudiziale delle sue caratteristiche tecniche» in quanto la norma difetta di indicazione compiuta sui parametri tecnici che deve seguire il giudice. In senso critico si pone A. GENTILI, *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, in *I contratti informatici*, a cura di R. CLARIZIA in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Giappichelli, 2007, vol. VI, 142. Sul versante giurisprudenziale T. Vicenza 22 novembre 2016, n. 2013, *Ilprocessotelematico.it* 3 febbraio 2017, ha chiarito che l'efficacia probatoria della *e-mail*, quale documento informatico privo di firma elettronica, è quella prevista dall'art. 2712 c.c., che riguarda le rappresentazioni meccaniche di fatti e cose. Conforme: T. Ancona 15 maggio 2017, n. 224, *DJ*.

Nonostante le critiche sollevate da una parte degli studiosi (27), rimane tuttavia vigente la disposizione che demanda al giudice la valutazione circa l'affidabilità, «cancellabilità» ed «alterabilità» del documento informatico con firma semplice (28).

Quanto al documento sottoscritto con firma avanzata, qualificata o digitale, in continuità con il precedente assetto normativo, si riconosce l'efficacia dell'art. 2702 c.c. (ai sensi di quanto sancito dall'art. 18, d.lgs. n. 179/2016). Il che significa che il documento fa piena prova fino a querela di falso, della provenienza (delle dichiarazioni) da chi l'ha sottoscritta se colui contro il quale è prodotto non ne disconosce la sottoscrizione o se esso è legalmente considerato come riconosciuto.

Sulla base di queste disposizioni, la giurisprudenza di merito ha equiparato gli *sms* e i messaggi di posta elettronica al documento informatico da valutare secondo il libero e prudente apprezzamento del giudice. Nel primo caso, l'operazione ermeneutica pare fortemente influenzata dalla corrente dottrinale che ricomprende gli *SMS* tra i documenti firmati elettronicamente: «si tratta pur sempre di un dato elettronico (il testo) associato ad altro dato elettronico (il numero mittente), che serve ad identificare la provenienza del messaggio» (29). Nella seconda ipotesi, l'interpretazione è stata resa in conformità ad un sistema di regole che, precedentemente all'emanazione del d.lgs. n. 179/2016, demandava in via esclusiva al giudice la valutazione circa l'idoneità della posta elettronica, ove non accompagnata da firma qualificata, avanzata o digitale, a soddisfare il requisito della forma scritta.

3. Alcune questioni giuridiche: la sottoscrizione del recesso è implicita o superflua?

Nella casistica esaminata sono stati evidenziati molteplici profili critici, a partire dal senso d'insoddisfazione per modalità di trasmissione che non

(27) Così A. GENTILI, *op. cit.*, 142. *Contra* R. BORRUSO *ult. op. cit.*, 57, secondo il quale il legislatore ha adoperato «una disposizione equilibrata» che chiama il giudice a valutare «la differenza che può esservi tra un documento informatico e l'altro per il supporto usato, per il modo di registrazione, per il sistema escogitato al fine di sostituire la sottoscrizione autografa».

(28) Così R. BORRUSO, *ult. op. cit.*, 56.

(29) Così U. BECHINI, *Firma digitale, documento elettronico e lex attestationis: un nuovo (circoscritto) caso di depechage?*, *Dir. comm. internaz.*, 2011, 3, 767. L'A. condivide le argomentazioni sostenute da S. MASON, *Electronic Signatures*, LexisNexis, London 2003, 101. Tra le pronunce di merito influenzate da questa tesi v. T. Genova 5 aprile 2016, *cit.*

consentono un'adeguata tutela alle prerogative di rilievo costituzionale in gioco nelle vicende estintive del rapporto lavorativo (30).

Per giurisprudenza consolidata, il licenziamento non può considerarsi rispettoso dei requisiti di forma ove non sottoscritto dal datore di lavoro o da un suo legittimo rappresentante, provvisto di potere generale o specifica procura (31). L'apposizione della firma rientra fra gli elementi essenziali del recesso (32), in conformità a quanto previsto dall'art. 2702 c.c., che elenca le caratteristiche di un atto scritto affinché esso produca effetti giuridici.

La sottoscrizione consente di dare certezza alla dichiarazione del soggetto che redige l'atto, quindi nel caso di specie ad un provvedimento del datore di lavoro. Con riguardo a tale requisito una parte dei giudici di merito ha escluso la validità di un provvedimento con effetti solutori notificato tramite messaggio di posta elettronica sprovvisto di alcun tipo di firma, poiché esso non è tale da fornire certezze circa la provenienza o l'identità del soggetto legittimato a irrogare il licenziamento (33). L'inidoneità dello strumento è stata fondata considerando la *e-mail* come un documento fragile, facilmente alterabile e privo di quegli elementi che consentano con sufficiente certezza di attribuirlo al suo autore.

Un diverso (e più temperato) orientamento è stato tuttavia proposto laddove l'atto di recesso, pur mancante di sottoscrizione, contenesse nell'intestazione ed in calce riferimenti alla denominazione dell'impresa (34) e fosse stato portato a conoscenza del lavoratore (35).

(30) V. C. LAZZARI, *op. cit.*, 196.

(31) V. tra le altre Cass. 16 settembre 2000, n. 12256, *GC Mass.*, 2000, 1943. Sulle conseguenze della mancata sottoscrizione v. M. TATARELLI, *op. cit.*, 283.

(32) D. GAROFALO, *Licenziamento e forma in Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. MISCIONE in *Commentario di Diritto del Lavoro* diretto da F. CARINCI, 2007, III, 202.

(33) T. Roma 20 dicembre 2013, *cit.* e T. Frosinone 15 febbraio 2016, *cit.*

(34) Così, ad esempio Cass. 24 marzo 2010, n. 7044, *GI*, 2010, 2377, nt. G. GIGLIO, *Mancata sottoscrizione della lettera di licenziamento e rispetto dell'art. 2 l. 15 luglio 1966, n. 604*. Si tratta di una soluzione interpretativa che ha trovato il sostegno di quella corrente dottrinale che nella mancata sottoscrizione dell'atto non ravvisa alcun «ostacolo insormontabile né una questione dirimente». In questi termini G. PELLACANI, *op. cit.*, 79; *contra* M. PAPALEONI – D. CAGETTI, *Forma del licenziamento in L'estinzione del rapporto*, a cura di E. GRAGNOLI in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da F. CARINCI e M. PERSIANI, 2017, vol. V, 526. Di recente v. Cass. 16 maggio 2017, n. 12106, *Guida al diritto*, 2017, 25, 24, nt. M. TATARELLI ha concluso per la validità del recesso anche se sprovvisto di sottoscrizione, purché la produzione della lettera di licenziamento «avvenga ad opera della parte stessa nel giudizio pendente nei confronti del destinatario» dell'atto. Sia consentito rinviare infine a A. ROTA, *op. cit.*, 122. La decisione si pone in rottura rispetto al precedente orientamento del giudice di legittimità affermato fra gli altri da Cass. 16 settembre 2000, n. 12256, *cit.*; Cass. 5 giugno 2001, n. 7620, *MGL*, 2001, 872, nt. M.

Ad una prima valutazione, dovrebbe concludersi che elementi di maggiore criticità presenta il recesso intimato tramite *short message system* ma non anche quello comunicato con una *e-mail*. Quest'ultimo si caratterizza come più incline a riportare/incorporare i requisiti individuati in alcune pronunce di legittimità ai fini della non inefficacia dell'atto *ex art. 2, co. 1, l. n. 604/1966* e, soprattutto sotto la forma di posta elettronica certificata, rende difficile prospettare qualsiasi contestazione circa la provenienza della dichiarazione (36).

Detto altrimenti, il problema si pone per quelle forme di comunicazione elettronica che non consentono l'apposizione della firma elettronica di tipo digitale, ritenuta equipollente alla sottoscrizione autografa dell'atto (37) e, anzi, da alcuni considerata tale da «tutelare meglio che in passato i valori fondamentali dell'ordinamento». La firma digitale si presenta come particolarmente affidabile perché assicura «l'imputabilità certa dello scritto cui si riferisce, ma anche la sua integrità e genuinità» escludendo «postume correzioni, cancellazioni o aggiunte» (38).

Con riferimento alla posta elettronica non certificata, vale a dire nei casi di *files* trasmessi senza utilizzare tecniche di cifratura o di firma di protezione, il Tribunale di Termini Imerese (39) ha considerato ottemperato l'obbligo della sottoscrizione «in ragione dell'inserimento di *username* e *password*» (40) ed anche in presenza di forme di autenticazione elettronica diverse da quella digitale ma comunque in grado di attribuire ad un soggetto la paternità delle dichiarazioni (41).

PAPALEONI. Tra i precedenti di merito, v. T. Milano 20 aprile 2007, *RCDL*, 2008, 1213 con riguardo a una lettera di licenziamento consegnata a mani al lavoratore.

(35) Cass. 19 luglio 2012, n. 12499, *cit.*

(36) Sul tema v. G. PELLACANI, *op. cit.*, 91; P. POLIZZOTTO, *op. cit.*, 1018. Da ultimo, cfr. anche G. CARULLO, *Posta elettronica certificata e domicilio digitale: futuro e incertezze in una prospettiva europea*, *Riv. it. Dir. Pubbl. Compar.*, 2016, 1, 51 ss., spec. 52.

(37) Così L. ANGIELLO, *La forma del licenziamento individuale* in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, 2013, 234 ed in precedenza G. PELLACANI, *op. cit.*, spec. 90 ss. In giurisprudenza v. T. Frosinone 15 febbraio 2016 *cit.*

(38) entrambe le citazioni sono di R. BORRUSO, *ult. op. cit.*, 61 e 69 ss.

(39) T. Termini Imerese 22 febbraio 2015.

(40) Così già T. Cuneo 15 dicembre 2003, nel riconoscere l'idoneità di una *e-mail* a fondare, al pari dei documenti scritti, titolo per l'emissione d'un decreto ingiuntivo. *Contra* T. Frosinone 15 febbraio 2016, *cit.* In dottrina P. POLIZZOTTO, *op. cit.*, 1018, in maniera critica, rileva la possibilità di creare *account* falsi, con le relative ricadute sul piano della certezza del titolare della casella di posta elettronica, salvo poi valutare positivamente i correttivi sul piano della sicurezza offerti, ad esempio, da *Google*.

(41) Sul tema già A. LISI – M. SCIALDONE, *op. cit.*, 452. Cfr. anche R. CLARIZIA, *I contratti e l'informatica* in *I contratti informatici*, a cura di R. CLARIZIA in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Giappichelli, 2007, vol. VI, 6, che nell'inserimento della *password* riconosce una tecnica in grado di garantire «una univoca e sicura identificazione soggettiva».

Senza particolari forzature, tale statuizione potrebbe trasferirsi anche nell'ambito dei recessi notificati a mezzo *sms*, in quanto caratterizzati da un testo dematerializzato «associato ad un dato elettronico (il numero telefonico del mittente), che serve ad identificare la provenienza del messaggio» (42), quindi la «materiale disponibilità di un dispositivo autenticante» (43) (la scheda *SIM* inserita nel dispositivo di telefonia mobile). Può dirsi che in questa specifica ipotesi assurge a criterio di imputazione quello della titolarità dello strumento così come nella *e-mail* la disponibilità dell'*account* e la conoscenza delle credenziali per l'accesso.

Una certa cautela adotta l'indirizzo interpretativo che pone a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare che l'invio degli *sms* sul numero telefonico del lavoratore fosse «convenzionalmente e usualmente utilizzato nelle comunicazioni con il datore» (44).

Non va ovviamente esclusa la possibilità di prova contraria da parte del lavoratore, come peraltro costantemente ammesso dai giudici di merito. Va tuttavia constatata la scarsa praticabilità d'una contestazione promossa in una piccola azienda, dove la gestione delle relazioni è affidata a reti e canali di comunicazione più informali. In tali ipotesi, può diventare dirimente l'esibizione di tabulati dai quali non risulti traccia di comunicazioni provenienti dal datore di lavoro o l'acquisizione su richiesta del giudice *ex officio* alla compagnia telefonica per verificare la fondatezza della contestazione. Analoghe iniziative non paiono invece ipotizzabili in relazione a *WhatsApp* e più in generale in ordine ai più moderni strumenti di *instant messaging*, basati non già su un sistema di archiviazione da parte del gestore telefonico ma sulla esclusiva archiviazione nel dispositivo telefonico del suo titolare (45).

Al di là delle possibili soluzioni, residua il problema della conformità degli applicativi introdotti dall'innovazione tecnologica con quanto stabilito ai sensi dell'art. 2702 c.c.

Per una parte degli interpreti, manca una norma dal contenuto analogo a quello dell'art. 2705 c.c., contenente una disposizione riferita esclusivamente al

(42) U. BECHINI, *op. cit.*, 767.

(43) Così M. VICECONTE, *op. cit.*, 48.

(44) T. Monza 10 giugno 2013, *DJ*.

(45) Così da ultimo P. POLIZZOTTO, *op. cit.*, 1014 e sia consentito rinviare a A. ROTA, *op. cit.*, 124.

telegramma (46) e rispondente allo scopo di «favorire la rapidità dell'incontro di volontà negoziali fra persone distanti» (47).

A diverse conclusioni deve giungersi laddove si preferisca accedere alla tesi che suggerisce di valorizzare l'operazione compiuta dal Codice dell'Amministrazione digitale. Con l'emanazione del d.lgs. n. 82/2005 il rigore verso l'elemento della sottoscrizione sembra attenuato: la stessa efficacia probatoria si attribuisce al documento informatico non firmato ed a quello munito di firma elettronica semplice (48). Per entrambi è prevista la libera valutabilità da parte del giudice (49), gravato di un accertamento che, ove esente da vizi logici, non è censurabile in sede di legittimità.

4. Segue: quali “interferenze” con l'obbligo di motivazione?

La giurisprudenza che è stata analizzata induce anche a soffermarsi sui possibili rapporti con l'obbligo di motivazione sancito ai sensi dell'art. 2, co. 2, l. n. 604/1966 per perseguire sia finalità di tutela sostanziale che procedurale: la motivazione assolve, anzitutto, «ad una esigenza di civiltà giuridica che si compendia nel dovere del *clare loqui* e, ad un tempo, nel garantire al lavoratore le migliori condizioni per il suo diritto di difesa e di azione» (50). Come più volte sottolineato dalla dottrina, la comunicazione dei fatti posti a giustificazione del licenziamento costituisce, al pari dell'obbligo di forma scritta, uno dei requisiti di validità del recesso e serve a delimitare «la materia del contendere dell'eventuale successivo giudizio» (51).

La riflessione trae spunto dal tenore dei messaggi trasmessi a mezzo *short message system*. I giudici di merito hanno dovuto valutare l'idoneità di un messaggio dal seguente contenuto: “Non faccio più aperitivi, buona fortuna”. Una formulazione simile si riscontra nel caso affrontato dalla Corte d'Appello di Firenze: «Purtroppo ci sarà un cambio societario che non mi consente più di

(46) In tale norma T. Frosinone 15 febbraio 2016, *cit.*, ravvisa una «disciplina agevolativa» la cui operatività deve restringersi esclusivamente al telegramma.

(47) V. Cass, sez. II, 11 novembre 1992, n. 12128, *GC Mass.* 1992, 11.

(48) La questione è stata affrontata da R. BORRUSO, *ult. op. cit.*, 54 ss. Dopo aver esaminato l'originaria difficoltà della dottrina a equiparare scrittura tradizionale e informatica, l'A. approfondisce il dato positivo di cui al d.lgs. n. 82/2005 evidenziando specialmente le novità riguardanti la c.d. firma digitale.

(49) V. A. ROTA, *op. cit.*, 122.

(50) In questi termini L. MONTUSCHI, *Note minime in tema di obbligo di motivazione nel diritto del lavoro*, RIDL, 2011, II, 4, 1155.

(51) Così, dal principio, G. PERA, *La cessazione del rapporto*, Cedam, 1980, 147.

avvalermi della tua preziosa collaborazione. Ti ringrazio per il momento e ti auguro il meglio per la tua vita».

La distanza dalle più istituzionali lettere di licenziamento appare significativa e risulta di tutta evidenza soprattutto nella decisione della Corte d'Appello di Firenze, che – non a caso - ha ritenuto la motivazione inadeguata, concludendo per l'applicazione della sanzione di tipo indennitario collegata alla violazione di tale obbligo.

In ordine al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, si deduce in particolare che la stringatezza insita nello *short message system* impedisce un'adeguata illustrazione del nesso di causa tra quanto richiesto ai sensi dell'art. 3, l. n. 604/1966 e la soppressione del posto di lavoro (52). Perché l'obbligo di legge sia correttamente assolto, non è sufficiente il generico riferimento ad un giustificato motivo oggettivo, ma occorre – secondo il costante insegnamento della Cassazione - integrare la «clausola generale o norma elastica tipizzante categorie di comportamenti non previamente determinabili in concreto e pertanto da individuare volta per volta» «attraverso ragioni puntualmente identificate e contestualizzate, direttamente incidenti sulla condizione del lavoratore» (53).

Analoghe considerazioni potrebbero svolgersi in relazione al licenziamento intimato via *twitter*, che all'utente riconosce soltanto 140 caratteri per messaggio.

Ulteriori spunti provengono dal caso sottoposto al Tribunale di Lucca, che ha evidenziato l'assenza di «qualsivoglia indicazione circa le ragioni che ne sono a fondamento», deducendo l'insussistenza del fatto contestato *ex art.* 18, co. 4, l. 300/1970 da cui la reintegra del lavoratore ed il pagamento d'una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto per un massimo di 12 mensilità e versamento dei relativi contributi assistenziali e previdenziali (54).

La questione è destinata ad assumere una rilevanza generale da quando il legislatore ha previsto che la comunicazione dei motivi debba avvenire contestualmente alla comunicazione del recesso. In netta rottura rispetto al passato, ancorato ad un diritto potestativo del prestatore da esercitare entro 15

(52) V. C. LAZZARI, *op. cit.*, 197. Analoghe considerazioni sono svolte in relazione a *WhatsApp* da M.J. CERVILLA GARZON, *op. cit.*, 1219.

(53) Cass. 5 settembre 2016, n. 17589, *RIDL*, 2017, 2, II, 227 ss., nt. R. DI MEO, *L'interpretazione contra legem del licenziamento inefficace nelle pmi e il livellamento verso il basso delle "tutele" in una recente pronuncia della Corte di Cassazione.*

(54) T. Lucca 20 luglio 2017, *cit.* V'è concordanza con la tesi sostenuta da F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18*, *ADL*, 2013, 481; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, *RIDL*, 2012, I, 544; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, spec. 65 ss.

giorni dalla comunicazione del licenziamento (55), la l. n. 92/2012 ha previsto l'obbligatoria contestualità dei motivi di licenziamento, ponendo l'accento sulla necessità di responsabilizzare il datore e congelando, in un momento anticipato, i fatti posti alla base del provvedimento estintivo (56).

Dietro il ricorso agli applicativi digitali potrebbe celarsi una precisa scelta delle imprese di liberarsi di un lavoratore, esponendosi ad un costo del licenziamento più modesto delle conseguenze gravose che si ricollegano al vizio di forma del recesso datoriale, ad oggi escluso in maniera pressochè pacifica in ordine al licenziamento comminato tramite lo *short message system* e gli applicativi di ultima generazione?

Se questo può rappresentare uno dei rischi scaturenti dal nuovo sistema di “tutele”, va accolta favorevolmente la ricostruzione in termini di insussistenza del fatto quale contromisura idonea ad eliminare, o quanto meno a ridurre, qualsiasi “contabilizzazione” del posto di lavoro.

5. Riflessioni a margine del messaggio vocale trasmesso a mezzo WhatsApp

Pur nell'assenza di precedenti noti, qualche specifica riflessione merita il licenziamento intimato a mezzo *WhatsApp*, mediante un messaggio audio.

Qui, le questioni si pongono in termini più complessi e, già ad una prima valutazione, suggeriscono di escludere che la prescrizione normativa della forma scritta sia integrata a fronte di una comunicazione che si limita ad essere effettuata a voce.

Per le molteplici somiglianze con il licenziamento *verbis*, si ritiene applicabile la c.d. tutela reintegratoria forte, sia che il licenziamento ricada nell'ambito di operatività della l. n. 92/2012 che modifica l'art. 18, co. 1, l. n. 300/1970 (57) sia laddove si applichi il regime introdotto dal d.lgs. n. 23/2015 (58).

(55) Su cui V. NUZZO, *Natura ed incidenza dei vincoli formali nel recesso datoriale*, DRI, 2005, 3, 692 ss. In argomento cfr. da ultimo: V. DI CERBO – D. SIMEOLI, *Art. 2, legge n. 604/1966 in Diritto del lavoro. Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, a cura di G. AMOROSO – V. DI CERBO – A. MARESCA, Giuffrè, 2017, vol. II, 1589 ss.

(56) V. NUZZO, *op. cit.*, 693.

(57) Sul tema v. M.L. BUCONI, *Il licenziamento verbale prima e dopo la legge n. 92/2012*, LG, 2014, 947 ss.; C. LAZZARI, *Il licenziamento viziato nella forma dopo la l. 28 giugno 2012, n. 92*, DLM, 2014, 713 ss.; C. PISANI, *Il licenziamento inefficace per vizio di forma*, GI, 2014, 441 – 448.

(58) Su cui, tra gli altri, *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015* a cura di F. CARINCI – C. CESTER, *Adapt Labour studies*, 2015, n. 46; *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti. Contributi*

Una diversa soluzione andrà proposta in presenza del comportamento del lavoratore che si approcci all'audio-messaggio come se si trattasse a tutti gli effetti di una lettera di licenziamento?

All'esito di una indagine accurata e rigorosa delle azioni poste in essere nella fase pre-processuale, la casistica giurisprudenziale mette in luce che avverso il recesso datoriale - indipendentemente dalla modalità di comunicazione elettronica utilizzata - è stata proposta impugnazione stragiudiziale o giudiziale, al pari di quanto solitamente accade nell'ipotesi di intimazione a mezzo raccomandata. Pare particolarmente efficace un passaggio della pronuncia del giudice d'Appello toscano laddove si constata che la «comunicazione – letta prima sul *display* del telefono e poi stampata come documento da produrre in giudizio – fu intesa dal destinatario come l'effettiva comunicazione di un licenziamento, ed in tali termini fu quindi oggetto della relativa impugnazione stragiudiziale» (59).

Se in linea generale può osservarsi che diventa dirimente il comportamento del lavoratore dal momento in cui tale comunicazione giunge al suo dispositivo elettronico, nel caso di licenziamento trasmesso con un messaggio vocale via *WhatsApp* è a monte che manca la possibilità di soddisfare la prescrizione dell'art. 2, co. 1, l. n. 604/1966.

In questa ipotesi resta al quanto improbabile attendersi pronunce che si spingano a riconoscere la validità di un licenziamento comunicato con un messaggio audio tramite *WhatsApp* o mediante applicativi analoghi.

6. ... e del licenziamento postato su *Facebook*.

Un ultimo approfondimento merita il licenziamento “postato” o intimato attraverso i *social network*, tra cui *Facebook*.

Secondo una risalente giurisprudenza, il requisito della forma scritta *ex art.* 2, co. 1, l. n. 604/1966 non è integrato dall'affissione del licenziamento nella

a margine del convegno "Il regime dei licenziamenti individuali e collettivi", a cura di G. FERRARO, Wolters Kluwer, 2015; *Contratto a tutele crescenti e Naspi decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, a cura di L. FIORILLO – A. PERULLI, Giappichelli, 2015; M.T. CARINCI, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale in Jobs Act: il contratto di lavoro a tutele crescenti*, a cura di M.T. CARINCI – A. TURSÌ, Giappichelli, 2015, 27-62; G. GAMBERINI, L.M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Contratto a tutele crescenti e nuova disciplina dei licenziamenti in Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, a cura di M. TIRABOSCHI, 2016, 21-55, spec. 52 ss.

(59) A. Firenze 5 luglio 2016, *cit.* Identica constatazione è stata fatta da T. Lucca 20 luglio 2017, *cit.*: «chiaro il contenuto nel senso di recedere dal rapporto, tanto è vero che il ricorrente, a seguito di tale avvenimento, non si è più presentato al lavoro (come anche confermato dalle escussioni testimoniali) ed ha provveduto a formulare tempestiva impugnazione».

bacheca dei locali aziendali, poiché pur esteriorizzando per iscritto l'atto di recesso, «non basta a dare certezza che esso pervenga a conoscenza del lavoratore né a fissare il momento di tale conoscenza, rilevante ai fini del decorso del termine fissato dall'art. 6 della legge citata per l'impugnazione del licenziamento» (60).

Nel segnalare alcune significative differenze tra la bacheca tradizionale (61), intesa come spazio fisico accessibile a tutto il personale dell'azienda, e quella virtuale, talvolta aperta ad un pubblico indifferenziato ove costituita all'interno di un profilo pubblico e non protetto attraverso le impostazioni *privacy*, deve anzitutto osservarsi che la notificazione del licenziamento a mezzo *Facebook* può avvenire sotto molteplici forme: a) attraverso un *post* sulla bacheca del(l'utente) destinatario della comunicazione; b) mediante un *tag* al *post* caricato sul diario del mittente, ad esempio nella pagina istituzionale della società (62); c) “più discretamente” tramite un messaggio privato. *Nulla quaestio* in relazione al terzo caso, che non pare presentare elementi di criticità, risultando al contrario assimilabile al *sms* o ad una *e-mail* non certificata; viceversa, maggiori riflessioni richiedono le restanti ipotesi.

Preliminarmente va osservato che le funzioni messe a disposizione dalla *community* virtuale, in particolare le attività di *tag* o la pubblicazione sulla bacheca del lavoratore, risultano conformi all'indirizzo interpretativo secondo il quale la comunicazione per iscritto «deve consistere in uno strumento che ponga per iscritto in rapporto diretto il datore con il prestatore, ossia in un atto scritto che provenga dal primo e che pervenga personalmente al secondo» (63). Ambedue le attività *on line* consentono di esternare la volontà di estinguere il rapporto, seppur veicolata tramite le nuove forme di comunicazione elettronica.

A diverse conclusioni bisogna pervenire qualora la pubblicazione del licenziamento sulla pagina o il profilo del datore avvenga senza ricorrere a meccanismi che direttamente riconducano l'informazione al destinatario del provvedimento estintivo. Conformemente all'orientamento giurisprudenziale, deve ritenersi irrilevante la conoscenza del licenziamento attraverso canali indiretti

(60) Cass. 29 aprile 1977, n. 1654, *MGL*, 1978, 63.

(61) Su cui M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, cit., 295; G. PERA, *ult. op. cit.*, 145 ss.

(62) Tra le notizie di cronaca più recente, a questa ipotesi può assimilarsi il licenziamento intimato con un *tweet* a 6 giocatori di una squadra di calcio spagnola. Sul profilo ufficiale del *club* è stato riportato il seguente messaggio: «Nella prossima stagione non continueranno con noi Pelaez, Mark, Hedrera, Cristian, Lomban e Ruiz. Sarete la storia del club. Buona fortuna!».

(63) Così: P. Caulonia 26 maggio 1986, cit. Negli stessi termini, in precedenza: P. Roma 29 ottobre 1975, cit.; P. Tivoli 19 dicembre 1974, cit.; A. Roma 8 ottobre 1974, cit.

(64): ai fini della validità del recesso, sono indispensabili «l'individualità del licenziamento e la necessaria comunicazione all'interessato» (65).

In secondo luogo, va valutata la conformità di iniziative del datore di lavoro trasmesse ad un indirizzo diverso da quello individuato al momento della costituzione del rapporto o in tempi successivi, segnatamente all'*account social*, dunque ad un profilo personale e non collegato alla posizione lavorativa del dipendente.

La giurisprudenza non configura a carico del datore di lavoro l'onere di consegnare materialmente l'atto di licenziamento, conformemente al fatto che la legge non prescrive particolari sedi, accreditandone talune a discapito di altre. Essa piuttosto si limita a verificare ai sensi dell'art. 1335 c.c. «il solo fatto oggettivo dell'arrivo della dichiarazione all'indirizzo del destinatario», intendendo per tale «il luogo più idoneo per la ricezione, che risulti in concreto nella sfera di dominio o controllo del destinatario» (66).

Il che potrebbe consentire, accedendo ad una lettura evolutiva, di ricomprendere nella nozione di indirizzo anche quello virtuale, spingendosi fino al punto di far coincidere quest'ultimo (perfino) con l'*account social* del lavoratore, a patto che esso sia tra quelli indicati al datore per le comunicazioni di ordine professionale (67).

Qualche considerazione a parte va svolta laddove il recesso venga trasmesso ad un indirizzo *mail* o ad un profilo *social* a cui il lavoratore non acceda più. A questo proposito si dovrà valutare se è corretto ipotizzare, a fronte della notifica di consegna a tali "sedi", un'assimilazione tra l'inattività del lavoratore in relazione a tali applicazioni e l'attestazione del periodo di giacenza della raccomandata presso l'ufficio postale.

Al di là della possibile idoneità di tali comunicazioni sul piano formale, le vicende appena ipotizzate costringono l'interprete a confrontarsi con quello che configura il più significativo ostacolo all'utilizzo di un *social network*. Va considerata

(64) V., su tutte, Cass. 18 maggio 2006, n. 11670, *RCDL*, 2006, 936, nt. E.U.M. CAFIERO, *Inefficacia del licenziamento, risarcimento del danno e non necessità della costituzione in mora del datore di lavoro*.

(65) In dottrina, G. PERA, *op. cit.*, 1980, 145.

(66) Cass. 30 luglio 2002, n. 11302, *RIDL*, 2003, II, 400 ss.; Cass. 23 dicembre 2002, n. 18272, *MGL*, 2003, 3, 174.

(67) Va richiamata la corrente dottrinale che, nel rispetto degli artt. 1335 c.c. e 45, d.lgs. n. 82/2005, nell'accezione d'indirizzo suggerisce di far rientrare le comunicazioni all'indirizzo *mail* fornito dall'azienda al dipendente, ove «usualmente utilizzato nelle comunicazioni di interesse lavorativo» oppure l'indirizzo espressamente indicato al datore o quello convenzionalmente pattuito. Così G. PELLACANI, *ult. op. cit.*, 92.

la potenziale lesività di tali attività al patrimonio di diritti fondamentali che il lavoratore porta con sé durante l'esecuzione del contratto.

Alle modalità di comunicazione a mezzo *Facebook* (ma anche tramite *Myspace, Twitter, Badoo, LinkedIn, Anobii, Netlog, Orkut, Friendster, Bebo*) (68) bisogna *in primis* approcciarsi considerando non tanto la loro attitudine a integrare il requisito della forma scritta quanto la pubblicità data al licenziamento. Una notificazione che si spinga al di là di una comunicazione riservata al diretto interessato può ritenersi tale da pregiudicare la possibilità di ricollocazione nel mercato del lavoro?

Errare nella scelta del *medium* può esporre il datore di lavoro non già alle violazioni collegate al licenziamento invalido per inesistenza della forma scritta o per assenza/non adeguatezza della motivazione, ma alle conseguenze risarcitorie scaturenti dalle lesioni alla dignità, reputazione, immagine professionale (69) e dei beni giuridici che la sua iniziativa possa aver pregiudicato.

Non meno rilevante risulta constatare che l'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 196/2003, «garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali». Né risultano soddisfatte le condizioni contemplate dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione che richiede il trattamento «secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge» (art. 8, co. 2).

7. Conclusioni

Compete anzitutto agli interpreti adattare i processi in atto ai principi fondanti l'ordinamento giuridico e ad i valori da esso tutelati. Declinare le norme in base all'evoluzione tecnologica significa evitare lesioni a beni giuridici di rilevanza costituzionale che la prima legge sui licenziamenti individuali si prefissava di proteggere.

L'obbligo di comunicare per iscritto il licenziamento, introdotto al fine di richiamare l'attenzione del datore sull'importanza del provvedimento e per costringerlo a manifestare chiaramente la sua volontà di recesso e i motivi del medesimo, oltre che – in maniera speculare – per consentire al lavoratore il

(68) Cfr., da ultimo M. TAMPIERI, *Il diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, RCP, 2017, 3, 1010B ss.

(69) Secondo Cass 3 maggio 2016, n. 8709, *GC Mass.* 2016, il risarcimento del danno va riconosciuto anche in caso di lesioni di breve durata.

controllo in ordine al contenuto del provvedimento ed ai motivi che hanno giustificato la determinazione datoriale (70), risponde a finalità di certezza ed alla tutela di prerogative della persona protette dalla Costituzione (71).

V'è chi sostiene che gli strumenti di *instant messaging* conferiscono certezza temporale della ricezione della comunicazione da parte del lavoratore, in quanto garantiscono di visualizzare data, ora e producono conseguentemente la prova dell'avvenuta ricezione e lettura (attraverso il meccanismo della c.d. "doppia spunta" grigia e blu) (72).

Qualche perplessità manifesta invece chi segnala che tale modalità di comunicazione potrebbe esporsi al rischio di manomissioni o cancellazioni da parte del ricevente (73), all'uso improprio da parte di terzi, con ulteriori problematiche in ordine alla certezza della comunicazione ed alla prova (74).

Si ravvisano infine profili critici in relazione a quei precedenti che hanno applicato «alla comunicazione a mezzo posta elettronica non certificata la presunzione di conoscenza sancita dall'art. 1335 c.c. e determinato la decorrenza del preavviso dal giorno di recapito dalla risposta automatica del *server*, senza attribuire alcuna rilevanza invece alla data in cui il lavoratore aveva affermato di aver letto la comunicazione (un mese dopo l'invio dell'*e-mail*). Ciò in base alla mera presenza in servizio nel giorno di invio del messaggio e all'abitudine aziendale di ricorrere alla posta elettronica per le comunicazioni interne (75).

Sembra inevitabile dedurre che il dibattito su un disposto che già in passato ha dato «molto filo da torcere agli interpreti» (76) sia destinato a proseguire. Se un formalismo particolarmente rigoroso è stato imposto per legge nei negozi unilaterali a carattere estintivo, per soddisfare ragioni di migliore serietà e ponderatezza della dichiarazione di volontà, adottare letture evolutive è

(70) Così M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 289 e 290 e D. GAROFALO, *op. cit.*, 208. Tale finalità della norma è costantemente ribadita anche in sede giurisprudenziale. *Ex multis*: C. cost. 7 luglio 1986, n. 176, *RDC*, 1986, 1069, nt. P. PERLINGIERI, *La forma legale del licenziamento individuale come "garanzia"*.

(71) Cfr. C. cost. 14 luglio 1971, n. 174, *FI*, 1971, I, c. 1465, di recente richiamata da V. BAVARO – M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 18-19.

(72) M. AZZURRO, *Il Tribunale di Catania sancisce la legittimità del licenziamento tramite whatsapp*, *Dir.* 24, 7 luglio 2017.

(73) Il problema si segnala soprattutto in relazione alle forme di *instant messaging* che non prevedono una archiviazione delle conversazioni da parte delle compagnie telefoniche. Rilevano quelle applicazioni, in particolare *Telegram*, che prevedono che la memorizzazione dei dati avvenga esclusivamente sul dispositivo mobile e non anche da parte dei gestori del servizio. In argomento v. P. POLIZZOTTO, *op. cit.*, 1017.

(74) Così L. FAILLA, *op. cit.*, 28-29 e, in precedenza, P. POLIZZOTTO, *op. cit.*, 1016 ss.

(75) In chiave critica rispetto a tale precedente (T. Milano 5 ottobre 2010) v. S. FERRARIO, *op. cit.*, 659.

(76) Così G. PERA, *op. cit.*, 141.

apprezzabile a condizione che ciò avvenga nel rispetto delle garanzie delineate a favore dell'interesse «essenziale» (77) del lavoratore.

Bibliografia

- Angiello L., *La forma del licenziamento individuale* in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, 2013, 217- 250.
- Azzurro M., *Il Tribunale di Catania sancisce la legittimità del licenziamento tramite whatsapp*, *Dir.* 24, 7 luglio 2017.
- Barbaro S., *Un decreto ingiuntivo fondato sulla produzione di una mail: la posta elettronica non certificata non supera il vaglio del Tribunale di Roma*, *Dir. Informat.*, 2011, 3, 518-531.
- Bavaro V. - D'Onghia M., *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, *WP CSDL*, *it.*, 305/2016, 1-35.
- Bechini U., *Firma digitale, documento elettronico e lex attestationis: un nuovo (circoscritto) caso di depechage?*, *Dir. comm. internaz.*, 3, 2011, 767-787.
- Borruso R., *La scrittura informatica in L'informatica per il giurista dal bit a Internet* a cura di R. Borruso – C. Tiberi, Giuffrè, 2001, 47-72.
- Borruso R., *La scrittura informatica* in R. Borruso – S. Russo – C. Tiberi, *L'informatica per il giurista. Dal bit a Internet*, Giuffrè, 2009, 41 – 71.
- Buconi M.L., *Il licenziamento verbale prima e dopo la legge n. 92/2012*, *LG*, 2014, 945-954.
- Cafiero E.U.M., *Inefficacia del licenziamento, risarcimento del danno e non necessità della costituzione in mora del datore di lavoro*, *RCDL*, 2006, 940-942.
- Carinci F., *Ripensando il “nuovo” art. 18*, *ADL*, 2013, 461- 505.
- Carinci F. - Cester C. (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, *Adapt Labour studies*, 2015, n. 46.
- Carinci M.T., *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale* in *Jobs Act: il contratto di lavoro a tutele crescenti*, a cura di M.T. Carinci – A. Tursi, Giappichelli, 2015, 27-62.
- Carullo G., *Posta elettronica certificata e domicilio digitale: futuro e incertezze in una prospettiva europea*, *Riv. it. Dir. Pubb. Compar.*, 2016, 1, 51-75.
- Jervilla Garzon M.J., *Incidenza dell'utilizzo di WhatsApp nell'ambito dei rapporti di lavoro: dottrina e giurisprudenza in Spagna*, *DRI*, 2016, 4, 1212-1222.
- Clarizia R., *I contratti e l'informatica* in *I contratti informatici*, a cura di R. Clarizia in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno – E. Gabrielli, Giappichelli, 2007, vol. VI, 3-16.
- Covi M., *Ancora sull'impugnazione del licenziamento mediante telegramma*, *RIDL*, 2004, II, 772- 775.
- Cuadros Garrido M.E., *El uso del WhatsApp en las relaciones laborales*, *Nueva Rev. Esp. Der. Trab.*, 2014, n. 171.
- Di Cerbo V. - Simeoli D., *Art. 2, legge n. 604/1966 in Diritto del lavoro. Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, a cura di G. Amoroso – V. Di Cerbo – A. Maresca, Giuffrè, 2017, II, 1589-1623.
- Di Carluccio C., *Dimissioni: problemi esegetici e soluzioni interpretative. Nuove prospettive schiuse dal d.lgs. n. 151/2015*, *ADL*, 2016, 1, 189-219.
- Di Meo R., *L'interpretazione contra legem del licenziamento inefficace nelle pmi e il livellamento verso il basso delle “tutele” in una recente pronuncia della Corte di Cassazione*, *RIDL*, 2017, 2, II, 233-240.
- Di Paola L., *Il licenziamento orale in Il licenziamento. Dalla legge Fornero al Jobs Act*, a cura di L. Di Paola, Giuffrè, 2016, 129-149.

(77) Così C. cost. 23 novembre 1994, n. 398, *RIDL*, 1995, II, 3, nt. G. PERA, *Il licenziamento vizioso nella forma da parte del piccolo datore di lavoro: una pronuncia contraddittoria*.

- D'Onghia M., *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 2005
- D'Onghia M., *La forma del licenziamento: brevi riflessioni sulla richiesta di forme sostitutive della usuale dichiarazione scritta*, RIDL, 2008, II, 1, 172-177.
- Fenoglio A., *Le dimissioni dal lavoro: corsi e ricorsi storici sotto la lente dell'analisi empirica*, RIDL, 2016, II, 2, 253- 279.
- Ferrario S., *La risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro del personale pubblico con quaranta anni di anzianità contributiva*, LPA, 2010, 3-4, 657-676.
- Ferraro G., *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, GDLRI, 1989, 555-570.
- Ferraro G. (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti. Contributi a margine del convegno "Il regime dei licenziamenti individuali e collettivi"*, Wolters Kluwer, 2015.
- Finocchiaro G., *Ancora novità legislative in materia di documento informatico: le recenti modifiche al Codice dell'amministrazione digitale*, Contr. Impr., 2011, 2, 495-504.
- Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Napsi decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015.
- Frontini L., *Inefficacia di licenziamento comunicato con e-mail priva di firma digitale*,¹ LPO, 2016, 7-8, 475-479.
- Gamberini G. - Pelusi L.M. - Tiraboschi M., *Contratto a tutele crescenti e nuova disciplina dei licenziamenti* in *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, a cura di M. Tiraboschi, 2016, 21-55.
- Garofalo D., *Licenziamento e forma* in *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. Miscione in *Commentario di Diritto del Lavoro* diretto da F. Carinci, 2007, III, 202-242.
- Gentili A., *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, in *I contratti informatici*, a cura di R. Clarizia in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno – E. Gabrielli, Giappichelli, 2007, vol. VI, 119-165.
- Giglio G., *Mancata sottoscrizione della lettera di licenziamento e rispetto dell'art. 2 l. 15 luglio 1966, n. 604*, GI, 2010, 2377-2380.
- Lazzari C., *La comunicazione del licenziamento alla prova delle nuove tecnologie*, ADL, 2017, 1, 192-201.
- Lazzari C., *Il licenziamento viziato nella forma dopo la l. 28 giugno 2012, n. 92*, DLM, 2014, 693-718.
- Lisi A. - Scialdone M., *Il documento informatico e le firme elettroniche* in *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, a cura di G. Cassano – I.P. Cimino, Cedam, 2009, 449 – 476.
- Mason S., *Electronic Signatures*, LexisNexis, London 2003
- Miceli M., *La riformulazione della disciplina delle dimissioni e della risoluzione consensuale alla luce del Jobs act*, MGL, 2016, 137-140.
- Montuschi L., *Note minime in tema di obbligo di motivazione nel diritto del lavoro*, RIDL, 2011, 4, II, 1150-1158.
- Nunin R., *Addio al posto con un sms*, *Diritto civile - lavoro. Foro friuliano*, 2014, 2.
- Nuzzo V., *Natura ed incidenza dei vincoli formali nel recesso datoriale*, DRI, 2005, 3, 695-709.
- Palla M., *Revirement della S.C. sulla legittimità dell'impugnazione del licenziamento mediante telegramma telefonico*, RIDL, 2001, II, 371-374.
- Papaleoni M. - Cagetti D., *Forma del licenziamento* in *L'estinzione del rapporto*, a cura di E. Gragnoli in *Trattato di diritto del lavoro*, 2017, vol. V, 514-720.
- Pellacani G. - Galantino M.L., *Licenziamenti: forma e procedura*, Giuffrè, 2011.
- Pera G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, 1980.
- Pera G., *Il licenziamento viziato nella forma da parte del piccolo datore di lavoro: una pronuncia contraddittoria*, RIDL, 1995, II, 3-5.
- Perlingieri P., *Nota a C. cost. 176/1986*, RDC, 1986, 1069 -1072.
- Pisani C., *Il licenziamento inefficace per vizio di forma*, GI, 2014, 441 – 448.
- Pistore G., *Legittimo il licenziamento intimato mediante Whatsapp*, Labor 2017, 2.
- Polizzotto P., *Dimissioni e nuovi mezzi di comunicazione: un caso tra passato e futuro*, LG, 2014, 11, 1015-1020.

- Razzolini O., *Inefficacia del licenziamento intimato a mezzo di posta elettronica non certificata*, *Giust. Civ. comm*
- Rota A., *Sul licenziamento intimato via sms*, *RIDL*, 2017, 1, 120-124.
- Speziale V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, *RIDL*, 2012, I, 521-566.
- Tampieri M., *Il diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, *RCP*, 2017, 3, 1010-1031.
- Tatarelli M., *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Cedam, 2015.
- Tonini P., *Il documento informatico: problematiche civilistiche e penalistiche a confronto*, *CG*, 2012, 3, 432-439.
- Vallebona A., *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012.
- Viceconte M., *Licenziamento valido anche se comminato tramite sms*, *Guida Lav.*, 30, 44-48.
- Vinciguerra M., *Della comunicazione di licenziamento a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento*, *RIDL*, 2006, II, 625- 627.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Drivers di Uber:
confermato che si tratta di workers
e non di self-employed**

GEMMA PACELLA
Università Politecnica delle Marche

vol. 3, no. 2, 2017

ISSN: 2421-2695





Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed

GEMMA PACELLA

Università Politecnica della Marche
Dottoranda di ricerca in Management and Law
gemma.pacella@gmail.com

ABSTRACT

The last November the 10th 2017, the Employment Appeal Tribunal of the United Kingdom confirmed the Employment Tribunal of London judgment of October 2016: Uber drivers are workers, within the meaning of art. 230 (3) (b) of the Employment Rights Act.

The second instance judgement remove any doubts about the agency relationship between Uber and drivers, moreover the instance decides and confirms that drivers work for Uber because they are subjected to control and directives of the platform itself. In particular, appeal judgement defines drivers availability to accept trips offered by Uber as working time whenever two conditions occurs: they stay within the territory in which they were authorised to work by Uber and whenever they have the app switched on.

So, appeal judgement offers us an interesting reflection about working time and workers availability, distinguishing from the European judgement.

Keywords: Uber; worker status; working time; availability

Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed

SOMMARIO: 1. Brevi premesse. – 2. L’oggetto dell’appello: Uber case vs Claimants case. – 3. La decisione dell’*Employment Appeal Tribunal*. – 3.1 *Worker status*. – 3.2 *Drivers availability*. – 4. Breve conclusion.

1. Brevi premesse

Nell’ottobre 2016 avevamo lasciato (1) Mr Y. Aslam e Mr J. Farrar a scontrarsi con Uber London dinanzi all’*Employment Tribunal* di Londra (2). Oggetto della controversia: la qualificazione del loro rapporto come *drivers* di Uber.

A seguito di un accertamento che ha portato, in primo grado, l’*Employment Tribunal* a definire la piattaforma Uber non come mero algoritmo di intermediazione, bensì come azienda privata di trasporto e, inoltre, a seguito dell’accertamento dell’esercizio di un potere di controllo di Uber nei confronti degli autisti (3), quest’ultimi sono stati qualificati come *workers* e non come *self-employed*, ai sensi dell’art. 230 (3) (lett. b) dell’ERA (4), con il conseguente riconoscimento dei diritti ad una giusta retribuzione e all’applicazione delle

(1) Per una ricostruzione esaustiva del primo grado di giudizio si veda: D. Cabrelli, *Uber e il concetto giuridico di “Worker”: la prospettiva britannica*, in *DRI*, 2017, II, p. 575 ss. Per una ricognizione generale del fenomeno Uber si veda: E. Dagnino, *Uber law: prospettive giuslavoristiche sulla sharing/on demand economy*, in *DRI*, 2016, I, p. 137 ss.; L. Munerati, *Conducenti Uber: imprenditori o parasubordinati?*, in *LPO*, 2017, in <http://www.lpo.it/LeGuideLPO/Munerati%20-%20Conducenti%20Uber.pdf>. S. Auriemma, *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, in *RGL*, I, p. 281 ss.; R. Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, W.P. CSDL Massimo D’Antona, 336/2017; M. Birgillito, *Lavoro e nuova economia: un approccio critico, i molti vizi e le poche virtù dell’impresa Uber*, in *LLI*, 2016, II, p. 58 ss.;

(2) Employment Tribunal of London, 28 ottobre 2016, n. 2202550, in <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-employment-judgment-20161028-2.pdf>.

(3) «Al fine del riconoscimento dello status di lavoratore subordinato, i tribunali del lavoro e le corti britanniche si basano su tre elementi chiave. Anzitutto, si valuta se il contraente ha il potere di controllo sul prestatore e sulle sue mansioni su luogo di lavoro è [...] Generalmente, quando il giudice considera la sussistenza o meno dello status giuridico di lavoratore, non rileva il fatto che il prestatore sia in una posizione di vulnerabilità, sottoposizione o dipendenza», D. Cabrelli, *op. cit.*, p. 577.

(4) Employment Right Act 1996, in <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>.

norme sull'orario di lavoro degli autisti privati (5). In particolare, lo status giuridico di *worker*, che si distingue da quello di *employee* (6) derivante da *contract of employment* (7), secondo la norma inglese sussiste se: il rapporto deriva da un contratto di lavoro (lett. a) o da qualsiasi altro contratto in forza del quale una parte si obbliga a fare o a esercitare personalmente un lavoro o servizi per un terzo, il quale non sia un cliente del prestatore (lett. b). E dunque, come deciso dal giudizio di primo grado, lo status di *worker* implica che agli autisti venga riconosciuto, ai sensi della disciplina del NMWA (National Minimum Wage Act) (8) e del WTR (Working Time Regulation) (9), 28 giorni di ferie annuali retribuite e un limite di 48 ore settimanali, nonché il pagamento del salario minimo, attualmente di 7.50 sterline all'ora per i lavoratori sopra i 25 anni (10).

Il giudizio, insieme ad altri precedenti nord-americani (11), aveva attirato l'attenzione internazionale sul caso Uber e sulla possibilità che i poteri di controllo e disciplinare esercitati dall'azienda non lasciassero dubbi che Uber non fosse una mera piattaforma finalizzata alla semplice mediazione dell'incontro tra domanda (di trasporto) e offerta (di viaggio), ma una azienda di trasporto (12): ne sono, infatti, seguiti giudizi che hanno esplicitamente (13) ed implicitamente (14) percorso il solco tracciato dalla sentenza inglese.

(5) «The ET concluded that any Uber driver who had the Uber app switched on, was within the territory in which they were authorised to work (here, London) and was able and willing to accept assignments was working for Uber London Ltd (“ULL”) under a “worker” contract and was, further, then engaged on working time for the purposes of regulation», Employment Appeal Tribunal, 10 novembre 2017, n. UKEAT/0056/17/DA, Introduction, p. 3.

(6) «“Employee” means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) a contract of employment», Art. 230 (1) dell'ERA.

(7) «“Contract of employment” means a contract of service or apprenticeship, whether express or implied, and (if it is express) whether oral or in writing», Art. 230 (2) dell'ERA.

(8) Per approfondimento cfr. H. Collins, K. D. Ewing, A. McColgan, *Labour law*, Cambridge University Press, 2012, p. 251 ss.

(9) Ivi, p. 266 ss.

(10) Il governo inglese ha stilato delle classificazioni tabellari per calcolare il compenso orario in base al dato anagrafico dei lavoratori, in <http://www.minimum-wage.co.uk>.

(11) Superior Court of California — County of San Francisco, 16 giugno 2015, n. CGC- 15- 546378, *Berwick v Uber Technologies Inc.*

(12) Sul punto cfr. P. Manzini, *Collaborative economy e regolazione del mercato: il caso Uber*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 123 ss.

(13) 33ª Vara do trabalho de Belo Horizonte - mg 14 febbraio 2017, n. 0011359 - 34.2016.5.03.0112, per il cui commento sarà consentito un richiamo a G. Pacella, *Lavoro e*

Il 10 novembre il giudizio di appello ha confermato il giudizio di primo grado (15) , per cui: «if the reality is that Uber’s market share in London is such that its drivers are, in practical terms, unable to hold themselves out as available to any other PHV operator, then, as a matter of fact, they are working at ULL’s disposal as part of the pool of drivers it requires to be available within the territory at any one time» (16).

2. L’oggetto dell’appello: Uber case vs Claimants case

Il ricorso in appello è stato presentato da ULL (Uber London), essenzialmente, sulla base del fatto che il Tribunale di primo grado avesse trascurato la disciplina del rapporto di agenzia(17) che, come sostenuto da Uber, sarebbe il rapporto intercorrente tra la piattaforma e i *drivers*.

In effetti, la difesa di Uber è ispirata ai precedenti giudiziari relativi al caso dei “mini-cabs”, proprio perché, nell’ottica di Uber, essa lavorerebbe come un servizio di taxi e gli autisti, considerato il regime fiscale, la proprietà dei beni materiali di produzione e la possibilità di accettare commissioni anche da altri operatori del settore, sarebbero *self employed*.

Tuttavia, il punto essenziale oggetto del ricorso in appello di ULL, è relativo all’individuazione del momento a partire dal quale, i *drivers* possono considerarsi “al lavoro”, cioè se dal momento in cui accettano la commissione di un viaggio tramite la piattaforma, oppure dal momento in cui sussistono contemporaneamente tre condizioni: sono presenti nel territorio assegnato loro, si connettono alla piattaforma con il loro *account (switched on the app)* e risultano, di conseguenza, disponibili a lavorare (cioè ad accettare la richiesta di trasporto di passeggero).

La posizione di Uber, tale per cui gli accertamenti del Tribunale di Londra siano considerati «inconsistent and perverse» (18), verte inoltre sul

piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti, in RIDL, 2017, III, p. 570 ss.

(14) Sono seguite anche vicende giudiziarie che hanno interessato la Corte di Giustizia europea, in merito –per lo più- alle modalità di funzionamento della piattaforma e alla qualificazione della sua attività, cfr. C-371/17, Leipold; C-320/16, Uber France; C-526/15, Taxi Radio Bruxellois (quest’ultima, tuttavia, ritenuta inammissibile).

(15) Employment Appeal Tribunal, 10 novembre 2017, n. UKEAT/0056/17/DA.

(16) Sent., par. 126.

(17) Employment Agencies Act del 1973, in <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/35>.

(18) Sent., par. 85. È frequente, nel processo inglese, tra le motivazioni di un appellante quella secondo cui «the decision [...of tribunal...] was perverse, in that it was one

presupposto che i *drivers* non sono obbligati a connettersi all'*app* di Uber e, anche qualora dovessero farlo, non sussiste nessun obbligo a risultare disponibili e pronti ad accettare un viaggio, fino al punto che non sarebbe loro vietato accettare commissioni da parte di altri operatori del settore, dotati di licenza PHV (19) e, dunque, suoi *competitors*. L'argomento in questione non è di poco conto se si considera che l'accertamento di un obbligo di attivarsi per ottenere la "chiamata" al servizio è stato al centro di dispute anche nell'ordinamento italiano, seppure con riferimento al lavoro dei *pony express* (20).

Pertanto, i motivi del ricorso di Uber, riassumibili nella formula per cui gli autisti lavorerebbero «with» e non «for» Uber, sono stati confrontati dal giudice d'appello con gli argomenti dei *drivers*, secondo cui «the contractual documentation did not reflect the reality» (21).

In effetti, sostengono i *Claimants*, alcuni aspetti che regolamentano il rapporto con Uber non sono previsti nei termini contrattuali: ad esempio, il modo in cui i *drivers* sono penalizzati in caso di cancellazione dell'accettazione del servizio di viaggio o nel caso in cui non dovessero seguire la rotta GPS impostata dalla stessa piattaforma o il divieto per l'autista di contattare personalmente la clientela. Tali voci configurano l'esercizio di un potere di controllo e direttivo che spinge il rapporto oltre il regime contrattuale dell'agenzia e nella direzione di una relazione di lavoro.

Anche i *Claimants*, pertanto, riprendono l'argomento sostenuto da Uber riguardo l'assenza dell'obbligo di accettare viaggi e, pur ammettendo che il diritto a rifiutare il lavoro non sia indicativo dello status di *worker*, tuttavia il fatto che i *drivers* siano tenuti ad accettare l'80% delle offerte di lavoro per non essere esclusi dalla piattaforma e, dunque, far sopravvivere il loro rapporto di lavoro, è sufficiente per individuare una obbligazione di lavoro

3. La decisione dell'*Employment Appeal Tribunal*

Dunque, la sentenza d'appello recupera gli elementi di fatto e di diritto

which no reasonable tribunal, directing itself properly on the law, could have reached, or alternatively, was one which obviously wrong» (D. Simon, M. S. Gillian, *Labour Law*, Hart Publishing, 2009, p. 75).

(19) Private Hire Vehicle (London) Act del 1998, in <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/34>.

(20) P. Ichino, *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, in RIDL, 1987, II, p. 76 ss.

(21) Sent., par. 87.

rilevati dalla sentenza di primo grado, analizza le posizioni confliggenti delle due parti avverse e scioglie le ultime e più resistenti riserve sul caso: se ci sia un contratto tra i *drivers* e ULL e, in tal caso, se si tratti di un contratto in forza del quale i *drivers* forniscono servizi a ULL, ovvero se ULL fornisce un servizio (in qualità di agente) agli stessi (22).

Prima di addentrarci nelle conclusioni del giudice di secondo grado, può essere utile ricostruire i principi di diritto seguiti dallo stesso nell'analisi del caso e come fondamenti della sua decisione.

L'*Employment Appeal Tribunal*, innanzitutto, segue il filo di un principio che, pure nel nostro ordinamento gode di frequente applicazione (23), cioè il principio della prevalenza della realtà sulla volontà cartolare delle parti: la Corte precisa con doviziosa costanza che, sebbene sia sporadico che venga dato rilievo agli elementi fattuali piuttosto che agli elementi cartolari di un rapporto contrattuale, nel caso di specie è lecito richiamare un precedente (*Autoclenz Ltd. v. Belcher*) (24), per cui il giudice può non considerare gli accordi scritti tra le parti e, al contrario, può verificare i termini inespressi del rapporto riflettenti la realtà dello stesso (25). Il principio della prevalenza della realtà fattuale sulla volontà cartolare, peraltro, deriva dalla considerazione che il rapporto contrattuale in oggetto non è un qualsiasi e ordinario rapporto commerciale, bensì è un rapporto di lavoro che, in quanto tale, presuppone un potere contrattuale diverso tra le parti e realizza uno scambio sulla base di un *gap* tra le stesse (26).

Tuttavia, la Corte d'Appello applica anche il cosiddetto *statutory test* (27) che, alla luce di una approssimata comparazione con l'ordinamento italiano, può essere inteso come il meccanismo di sussunzione della fattispecie concreta, e dei suoi elementi fattuali, nella fattispecie astratta.

3.1 *Worker status*

La fattispecie astratta in questione è l'art. 230 (3) (lett. b) dell'ERA, il quale definisce i c.d. *limb (b) workers*: si tratta di «lavoratori che prestano la

(22) Sent., par. 91.

(23) Ad esempio, cfr. Cass. 14 maggio 2009, n. 11207; Cass. 18 febbraio 2009, n. 3894; Cass. 17 giugno 2009, n. 14054.

(24) *Autoclenz Ltd v. Belcher*, 27 luglio 2011, n. UKSC 2009/0198, in <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0198.html>.

(25) Sent., par.92.

(26) Sent., par. 115.

(27) Sottolinea, peraltro, la Corte d'Appello che «ET's starting point must always be the statutory language, not the label used by the parties», Sent., par. 100.

propria attività o servizio come “parte integrante” dell’attività di un terzo (che non deve essere né un cliente né un consumatore)» (28). Quindi, è necessario per la Corte chiarire se i *drivers* siano inseriti nell’organizzazione di Uber come lavoratori, piuttosto che come *users*. In effetti, a tal proposito, la nomenclatura utilizzata da Uber per identificare i *drivers* è equivoca: negli accordi sottoscritti dalla piattaforma compare l’uso del termine “*users*”, sia per indicare i passeggeri (*end-users*), sia per indicare gli stessi autisti (a volte, perfino, *customers*), proprio perché, dal punto di vista di Uber, i *drivers* sono suoi clienti (29), cioè usufruiscono dei suoi servizi, quali l’accesso all’*app* e al *software*, ai siti *web*, ai servizi di pagamento.

Alla luce di tali premesse, per cui possiamo notare che «the application of the legal criteria for identifying a contract of employment was a question of mixed law and fact» (30), la Corte procede nelle sue conclusioni.

La prima questione sciolta dal giudice d’appello è relativa alla titolarità del servizio di trasporto offerto ai passeggeri: business di Uber, includente anche i *drivers*? O business che i *drivers* gestiscono per loro conto («on their own account directly for their passengers») (31)?

Il dato, sempre fattuale, secondo cui i *drivers* non possono incrementare (*rectius* gestire) i propri affari, in quanto non abilitati dalla stessa Uber a negoziare con i clienti, ma siano obbligati ad accettare i termini imposti unilateralmente da essa, giustifica, secondo la Corte d’Appello, il fatto che gli autisti non possono essere considerati i titolari del servizio di trasporto. Di fronte a tale argomento, l’obiezione di Uber, secondo cui questo aspetto non sarebbe incompatibile con un rapporto di agenzia, non regge, in quanto –come sottolineato già in primo grado dall’ET- Uber comunque esercita un potere di controllo e quest’ultimo, certamente, non è compatibile con un rapporto di agenzia.

Per Uber, le conclusioni dell’ET sull’esercizio di un potere di controllo sui *drivers* deriverebbero dal rispetto di una particolare regolamentazione (quella, appunto, di un rapporto di lavoro o dello status di *worker*), sarebbero

(28) L. Munerati, *op. cit.*, p. 2.

(29) In effetti, l’uso di questa terminologia è in linea con i caratteri del rapporto di agenzia nell’ordinamento inglese, che, secondo Uber, lega la piattaforma ai *drivers*: «the worker has two separate, overlapping relationships: one with the “agency”, which normally arranges work assignments and is responsible for ensuring payment; and the other the “user”, which normally assumes the power to give orders and takes the direct benefit of the services which are being provided», D. Simon, M. S. Gillian, *op. cit.*, p. 153.

(30) Ivi, p. 125.

(31) Sent., par. 104.

perciò anebbiare e condizionare dai caratteri tipici della qualificazione di un rapporto. Invece, sottolinea la sentenza d'appello, quelle conclusioni derivano dall'analisi del contesto in cui si muove la relazione tra le due parti in causa, cioè dalla «factual matrix» di riferimento.

Quanto detto è confermato dal fatto che, mentre il possesso di copie dei documenti della licenza PHV e dei veicoli dei *drivers* fosse previsto dai requisiti regolamentari, le ulteriori interviste e ricerche condotte da Uber sugli autisti nella fase genetica del rapporto –nel senso che la piattaforma richiede ai potenziali autisti informazioni anche sulle loro precedenti esperienze lavorative-, ad esempio, non fanno parte di nessun regolamento, così come non c'è nessuna previsione relativa al divieto di condividere con i *drivers* le informazioni sulla clientela o di obbligarli ad accettare l'80% delle corse offerte, o di sottoporli al *rating system* (32). Insomma, la politica di Uber mostra che molti dei termini imposti alla controparte contrattuale non sono oggetto di una specifica regolamentazione, bensì sono frutto di scelte della stessa piattaforma, nella gestione di un'organizzazione d'impresa di servizio di trasporto privato.

Procedendo verso una delle questioni più ardue del caso, relativa all'assenza dell'obbligo per i *drivers* di attivarsi sulla piattaforma, la sentenza considera che, sebbene corrisponda a realtà, tuttavia corrisponde ad altrettanta verità il dato per cui i *drivers* devono accettare almeno l'80% dei viaggi commissionati da Uber, altrimenti il loro *account* viene disattivato dalla stessa piattaforma, determinando –*de facto*- un recesso unilaterale dal rapporto.

Per queste ragioni l'Employment Appeal Tribunal conclude la prima macro questione: «I am satisfied the ET did not err either in its approach or in its conclusions. [...] The ET was entitled to conclude there was a contract between ULL and the drivers whereby the drivers personally undertook work for ULL as part of its business of providing transportation services to passengers in the London area» (33).

(32) A. Ingrao, *La funzione dei sistemi di feedback nell'era dell'economia on demand: un problema di subordinazione?*, Paper al Convegno “Digital and Smart work- 15° Conferenza Internazionale in memoria del Prof. Marco Biagi”, Modena 20-21 marzo 2017; sarà consentito un richiamo a G. Pacella, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, in *LLI*, 2017, I, p. 1 ss.

(33) Sent., par. 116.

3.2. *Drivers availability*

Resta da affrontare l'ultima questione. I *drivers* risultano *on-duty* (per usare la terminologia della stessa piattaforma) in presenza delle tre condizioni per cui: sono nel territorio in cui Uber opera (nel nostro caso Londra), sono attivi sulla *app* e sono, perciò, disponibili ad accettare viaggi; oppure risultano a lavoro quando e solo se accettano le commissioni di trasporto da Uber?

Come innanzi detto, la differenza non è di poco conto: si tratta di approfondire la disponibilità al lavoro.

Resta, cioè, da chiarire se l'autista possa qualificarsi come *worker* quando è in uno stato di attesa di ricevere una commissione non ancora pervenuta, ossia in quel frangente temporale «in between accepting assignments» (34). Lo stesso giudice di secondo grado ammette che l'obiezione mossa in questo contesto da Uber, secondo cui nel frangente inteso gli autisti possono accettare commissioni di viaggio anche da parte di altri operatori del medesimo settore, gli crea perplessità, così che, in questa sede coglie le conclusioni compiute dal giudice di primo grado, in tema di orario di lavoro dei *drivers* (35), e le approfondisce.

Se poi si considera che la stessa questione è un punto nevralgico da sciogliere anche ai fini della determinazione del *working time* (36) per i *drivers*, probabilmente si riesce a cogliere ancora di più la sua difficoltà.

Secondo il giudice d'appello, di fatto, non c'è nessun obbligo per l'autista di permanere nel territorio assegnatogli dalla piattaforma, né di connettersi all'*app* della stessa, eppure quando sussistono queste condizioni sorgono, conseguenzialmente, obbligazioni per i *drivers* che l'ET ha qualificato come “being available” (diventare disponibili) e Uber come “going on-duty” (essere in servizio), cioè un'obbligazione, per il giudice d'appello, “essential to Uber's business”.

A conferma dell'esistenza di un'obbligazione in capo agli autisti, quando sono nel territorio e accedono all'*app*, ricorre nuovamente il dato per cui per mantenere vivo il rapporto di lavoro, gli autisti devono accettare almeno l'80% delle offerte di viaggio, che rappresenta un'alta percentuale.

Quindi, il *working time* degli autisti, nelle conclusioni della sentenza di appello, sussiste quando accettano una corsa offerta da Uber, dato che, nel tempo di quiete, possono accettare incarichi da altri operatori dello stesso

(34) Sent., par. 119.

(35) Cfr. Employment Tribunal of London, 28 ottobre 2016, n. 2202550, par. 121.

(36) Per approfondimento cfr. A. C. L. Davies, *Perspective on Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 97 ss.

settore di trasporto.

Tuttavia, la Corte d'Appello nel risolvere la questione non prende in considerazione la normativa europea in materia (37), secondo cui si intende «per orario di lavoro qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio delle sue attività e delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o alle prassi nazionali» (38).

Nella disposizione comunitaria (39), pertanto, il dato testuale lascia intendere che la disponibilità del lavoratore non è di per sé sufficiente a configurare orario di lavoro, se il lavoratore non esercita le sue funzioni e le sue attività.

In effetti, anche la giurisprudenza comunitaria ha avuto modo di segnalare la differenza tra reperibilità “interna” ed “esterna”: la prima ricorre quando il lavoratore è disponibile al lavoro in un luogo indicato dalla parte datoriale, la seconda, al contrario, ricorre quando il lavoratore è disponibile al lavoro in un luogo scelto dallo stesso (40).

Anche la giurisprudenza italiana ha avuto occasione di occuparsi della disciplina della disponibilità al lavoro (41), segnalando che: «va pertanto ribadito che la reperibilità prevista dalla disciplina collettiva si configura come una prestazione strumentale e accessoria, qualitativamente diversa dalla prestazione di lavoro, consistente nell'obbligo del lavoratore di porsi in condizione di essere prontamente rintracciato in vista di un'eventuale prestazione lavorativa» (42). Eppure, altra Cassazione (43) aveva interpretato la normativa europea nel senso che: «la dizione "attività 'o' funzioni" indica una volontà legislativa di considerare non solo l'attività lavorativa in senso stretto, ma un concetto più flessibile ed esteso, che sicuramente integra operazioni strettamente funzionali alla prestazione. Peraltro, nello svolgimento di tali

(37) Direttiva 93/104/CE, del 23 novembre 1993, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, come modificata dalla Direttiva 2000/34/CE.

(38) Art. 2, Direttiva 93/104/CE.

(39) Per un'analisi completa della Direttiva 93/104 cfr. V. Leccese, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, p. 147 ss.

(40) C-151/02, Jaeger; C-303/98, Simap.

(41) Cass., 15 maggio 2013, n. 11727.

(42) Ivi, par. 12.

(43) Cass., 8 febbraio 2012, n. 1839, in <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=../20120209/snciv@sL0@a2012@n01839@tS.clean.pdf>; Cass., 7 febbraio 2012, n. 1703, in <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=../20120208/snciv@sL0@a2012@n01703@tS.clean.pdf>.

operazioni è necessario che il lavoratore sia "a disposizione" del datore di lavoro, cioè soggetto al suo potere direttivo e disciplinare.».

Dunque, tornando al caso Uber, la sentenza inglese va oltre la disciplina europea rispetto al medesimo contesto: la “mera” disponibilità degli autisti configura orario di lavoro, quando – cioè – ricorrono le tre condizioni della presenza dell’autista nel territorio, della connessione all’*app* di Uber e quando i *drivers* siano pronti ad accettare la richiesta di viaggio.

La decisione in merito alla disponibilità come orario di lavoro suggerisce, quindi, qualche riflessione in più sul tema e qualche comparazione con l’ordinamento italiano.

Il motivo per cui il giudice d’appello abbia identificato lo status di reperibilità dei *drivers* in termini di *working time*, potrebbe risiedere nel fatto che il sostare nelle zone della città, peraltro assegnate all’autista da Uber (44), e connettersi all’*app* della piattaforma, rappresenti un’attività prodromica all’esercizio effettivo dell’attività di trasporto.

Il punto è che, se il fatto di sostare nel territorio assegnato da Uber è una delle condizioni per poter ottenere il lavoro, il driver sarà obbligato ad essere fisicamente presente in quella zona e a non potere scegliere il posto in cui sostare nel periodo di attesa dell’esercizio delle funzioni. D’altronde, la Corte di Giustizia europea, nel famoso caso Simap (45) sui medici di guardia al pronto soccorso, aveva statuito che: «è giocoforza constatare che [...] escludere dalla nozione di orario di lavoro il periodo di servizio di guardia svolto secondo il regime della presenza fisica equivarrebbe a rimettere seriamente in discussione» la normativa europea in materia di orario di lavoro.

Un suggerimento, in tema di tempi «grigi, interstiziali o [...] funzionali al lavoro» (46), può giungere anche da Cassazione più recente (47), che dovendo offrire un’interpretazione alla normativa italiana in merito all’orario di lavoro, sottolinea che: «ai fini della misurazione dell’orario di lavoro, il D.Lgs. n. 66 del 2003, art. 1, comma 2, lett. a), attribuisce un espresso e alternativo rilievo non solo al tempo della prestazione effettiva ma anche a quello della disponibilità del lavoratore e della sua presenza sui luoghi di lavoro», così che il

(44) «In realtà, se gli si domanda la sola presenza fisica, si ha già una prestazione di lavoro (come lavoro di attesa) non qualificata, che si somma alle altre più specifiche», P. Bernardini, *La reperibilità del funzionario europeo al vaglio dei giudici di Lussemburgo*, in *RIDL*, II, 2011, p. 1241 ss. e qui p. 1241.

(45) Sent. cit. alla nota 32, qui par. 48.

(46) M. Ferraresi, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell’orario di lavoro*, in *RIDL*, 2008, I, p. 93 ss. e qui p. 94.

(47) Cass. 29 maggio 2017, n. 13466, in <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>.

tempo impiegato dal lavoratore, presso l'acciaieria di una ditta appaltatrice, per recarsi dall'ingresso della fabbrica alla sua specifica postazione di lavoro sia da considerare attività prodromica e, quindi, orario di lavoro (nel caso, soggetta a contribuzione INAIL).

Certamente, nel caso in commento, si può configurare la medesima situazione: l'autista è presente nel territorio che, assegnato dalla stessa Uber, rappresenta il suo luogo di lavoro ed è disponibile nel momento in cui l'app della piattaforma risulti *switched on* (48).

Peraltro, giacché la medesima Cassazione precisa che «è orario di lavoro l'arco temporale comunque trascorso all'interno dell'azienda, a meno che il datore di lavoro non provi che il prestatore d'opera sia ivi libero di autodeterminarsi ovvero non assoggettato al potere gerarchico», è comprensibile che anche il giudice inglese abbia ritenuto che qualora, nei momenti di disponibilità, l'autista dovesse accettare commissioni di servizio di trasporto da parte di altri operatori, non potremmo più considerare quei momenti come *working time*; toccherà, presumibilmente, ad Uber dimostrarlo.

Ora, il tentativo di comparazione, tra quanto affermato dalla Cassazione italiana e quanto deciso dal giudice inglese, trova un limite nel dato secondo cui non è detto che la disponibilità degli autisti di Uber si tramuti in attività effettiva di trasporto, poiché può avvenire che Uber non contatti il *driver* attivo e non gli assegni alcuna prestazione di trasporto.

4. Breve conclusione:

La sentenza in commento conferma, perciò, la decisione del primo grado e contribuisce a estendere quel solco che già l'ET aveva tracciato sulla scena europea ed internazionale nel raccontare l'*Uber case*.

Una dottrina ha sottolineato che «il contesto di avanzata liberalizzazione del Regno Unito si rivela essere il contesto regolatorio ideale per l'avvento di Uber» (49), infatti nel territorio inglese il fenomeno è particolarmente diffuso, eppure qualcosa sta cambiando. Già a seguito della

(48) La disponibilità costante e protratta dei *drivers* di Uber induce a riflettere anche su ciò che la dottrina italiana ha definito «super lavoro», per cui il superamento di determinate soglie dell'orario di lavoro può mettere a repentaglio la tutela della salute e della sicurezza del prestatore, cfr. V. Leccese, *La gestione dell'orario di lavoro*, Convegno “Le regole del lavoro per Expo 2015”, Aula Magna degli Studi di Milano, 24 marzo 2014, in <http://portalevideo.unimi.it/media?mid=369&cid=1578&play=true>.

(49) E. Mostacci, A. Somma, *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Egea, Milano, 2016, p. 104.

sentenza del Tribunale di primo grado Uber aveva dimostrato di aver limato alcuni aspetti della sua organizzazione: nella ricostruzione degli elementi di fatto nella sentenza d'appello, in effetti, emerge che Uber ha adeguato la sua politica contrattuale alla condanna subita nel primo grado di giudizio, cioè ha riconosciuto un'entrata garantita ai *drivers*, nonché ridotto il tempo di sospensione dell'*account* dalla piattaforma dai dieci minuti ai due minuti (50), qualora l'autista dovesse rifiutare un certo numero di corse offerte dalla piattaforma.

Eppure, al di là delle risultanze relative al caso di specie, la sentenza d'appello ci offre delle occasioni di riflessione in più: come si è visto, il rapporto di lavoro con Uber ripropone una questione classica del diritto del lavoro, a livello europeo, qual è la questione della disponibilità del lavoratore.

Ci induce, pertanto, a ripensare a problemi complessi che fanno già parte del panorama lavoristico degli ordinamenti e che, tuttavia, ritornano sulla scena con riferimento ai nuovi lavori *on demand*, nell'era della *gig economy*. D'altronde, anche la sentenza di primo grado aveva riaperto temi del passato, quali –per esempio– la sussistenza o meno dell'obbligo di attivarsi sulla piattaforma (*switched on the app*) che la memoria della dottrina lavoristica ricollegherà alla questione, senza tempo, dei pony express.

Allegato

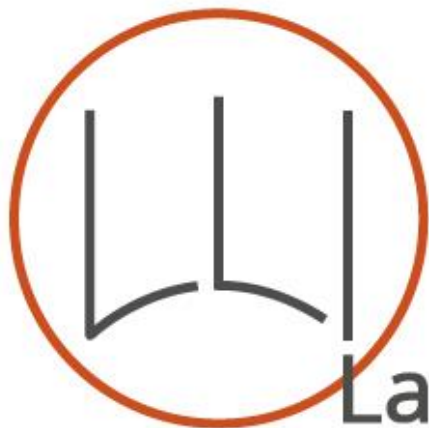
Employment Appeal Tribunal, No. UKEAT/0056/DA, 10 novembre 2017 - Eady Qc Est. - Uber B.V., Uber London LTD, Uber Britannia LTD (avv. Rose, Campbell) c. Mr Y Aslam, Mr J Farrar, Mr R Dawson and Others (avv. Galbraith-Marten, Omeri).

https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a046b06e5274a0ee5a1f171/Uber_B.V._and_Others_v_Mr_Y_Aslam_and_Others_UKEAT_0056_17_D_A.pdf

(50) «Although not operational by the time of the ET hearing, new drivers had previously been entitled certain schemes to a guaranteed income for a specified period», Sent., par. 18. Ed inoltre: «In argument before me, Uber hs explained that in fact a driver would now only be logged off the app for two rather than ten minutes», Sent., par. 27.

Bibliografia

- Auriemma S., *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, in RGL, I, p. 281 ss.
- Bernardini, P. *La reperibilità del funzionario europeo al vaglio dei giudici di Lussemburgo*, in RIDL, II, 2011, p. 1241 ss.
- Birgillito M., *Lavoro e nuova economia: un approccio critico, i molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, in LLI, 2016, II, p. 58 ss.
- Cabrelli D., *Uber e il concetto giuridico di "Worker": la prospettiva britannica*, in DRI, 2017, II, p. 575 ss.
- Collins H., Ewing K. D, McColgan A., *Labour law*, Cambridge University Press, 2012.
- Dagnino E., *Uber law: prospettive giuslavoristiche sulla sharing/ on demand economy*, in DRI, 2016, I, p. 137 ss.
- Davies A. C. L., *Perspective on Labour Law*, Cambridge University Press, 2009.
- Ferraresi M., *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell'orario di lavoro*, in RIDL, 2008, I, p. 93 ss.
- Ichino P., *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, in RIDL, 1987, II, p. 76 ss.
- Ingrao A., *La funzione dei sistemi di feedback nell'era dell'economia on demand: un problema di subordinazione?*, Paper al Convegno "Digital and Smart work- 15° Conferenza Internazionale in memoria del Prof. Marco Biagi", Modena 20-21 marzo 2017.
- Leccese V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001.
- Leccese V., *La gestione dell'orario di lavoro*, Convegno "Le regole del lavoro per Expo 2015", Aula Magna degli Studi di Milano, 24 marzo 2014, in <http://portalevideo.unimi.it/media?mid=369&cid=1578&play=true>.
- Manzini P., *Collaborative economy e regolazione del mercato: il caso Uber*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017.
- Mostacci E., Somma A., *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Egea, Milano, 2016.
- Munerati L., *Conducenti Uber: imprenditori o parasubordinati?*, in LPO, 2017, in <http://www.lpo.it/LeGuideLPO/Munerati%20-%20Conducenti%20Uber.pdf>.
- Pacella G., *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, in RIDL, 2017, III, p. 570 ss.
- Pacella G., *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, in LLI, 2017, I, p. 1 ss.
- Simon D., Gillian M. S., *Labour Law*, Hart Publishing, 2009.
- Voza R., *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, W.P. CSDL Massimo D'Antona, 336/2017.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Employees' Privacy and employers' control
between the Italian legal system
and European sources**

LAURA TEBANO

Università Federico II di Napoli

vol. 3, no. 2, 2017

ISSN: 2421-2695





Employees' Privacy and employers' control between the Italian legal system and European sources

LAURA TEBANO

Università di Napoli, Federico II
Professoressa Associata in Diritto del Lavoro
laura.tebano@unina.it

ABSTRACT

The paper examines the Italian reform which has modified the Article 4 of the law n. 300/1970 (so-called Statute of workers) regarding remote monitoring devices used on workers and moves on to assess the impact of this reform on the ban of opinion polls, as sanctioned by Art. 8 of the law n. 300/1970 (so-called "Knowledge checks"). In the presentation of the latest regulation, the paper also contains an analysis of the relationship between the new rules about employers' power of control and the legislation concerning data protection. In this light we give details about the European and International framework, especially considering the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679.

Keywords: Privacy; Work challenges; Italian Reform; Supranational European framework.

Employees' Privacy and employers' control between the Italian legal system and European sources*

SUMMARY: 1. Introduction: technological innovation and changes in the labour market. – 2. The Italian reform of audiovisuals and other control devices at work. – 3 The use of information and the transparent control. – 4. The investigation concerning employees information (Article 8 Act n. 300/1970). The necessity of further steps to coordinate the various blocks of Italian legislation. – 5. The International framework. – 6. The European framework. – 7. Conclusion.

1. Introduction: technological innovation and changes in the labour market

Nowadays the debate about privacy at work is more intense than in the past because new technology has changed everything: the world, the organization of work and the production methods. Suffice to think that the first cell phones date back to the early '90s or that the first calculating machines were very expensive and as big as the first computers. Nevertheless the views of the relation between technological evolution and the labour market differ. On the one hand David Graeber makes pessimistic assumptions and suggests that capitalism is inventing the “bullshit jobs” which are a means of controlling people. Many people in fact - when they are not working - spend their time updating their Facebook profiles or downloading missed tv episodes. On the other hand Jeremy Rifkin makes optimistic assumptions and suggests that the gig economy increases the opportunities on having different experiences, with less controls and time constraints.

In any event, modern production methods involve the use of new technologies which are necessary in order to carry out work; and there are mechanisms of monitoring employees' activity which are physically less cumbersome, but even more invasive. At the same time it cannot be excluded that the modern system, formally installed to ensure safety at work, can be used to control how hard the workers are working. For example in one Italian case the workers wore a bracelet while distributing publicity materials, in the other the workers were obliged to wear a belt or a bracelet containing a microchip. In both cases the modern device was used not for safety (as the employer had said), but for monitoring activity because the employees stated

* Il contributo riprende, con l'aggiunta di note essenziali e alcuni aggiornamenti, il testo della relazione presentata l'8 febbraio 2017 presso l'Università di Helsinki e in corso di pubblicazione sulla rivista *Liikejuridiikka*.

that the bracelet rang if they were not physically moving for a period of ninety seconds. Likewise, in a British case the workers were being made to wear electronic armbands that managers used to monitor employees' work rates.

In view of the foregoing, we examine the Italian reform regarding remote monitoring devices used on workers and moves on to assess the impact of this reform on the ban of opinion polls (par. 2-3). And then we focus on the European and International framework, especially considering the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (par. 4-5).

2. The Italian reform of audiovisuals and other control devices at work

In 2015, Article 23 of Italian Legislative Decree n.151 has modified the discipline of the power of control by the employer by means of technological devices¹. The article has rewritten Art. 4 Act n. 300/1970 starting from the heading that changes from "Audiovisual equipment" to «Audiovisual equipment and other monitoring tools».

According to new Article 4 (1) «audiovisual equipment and other instruments which allow remote monitoring of employees may be used only because of organization and production needs in order to ensure safety at work and the protection of corporate properties and can be installed prior collective agreement with unions». In the present formulation, there are two pieces of news to remark. The first one concerns the overcoming of absolute prohibition to install remote control equipment aiming at the direct monitoring of working activity (in opposition to indirect or unintentional control which was lawful also before the reform of 2015). The second one applies to the widening of reasons that allow the use of audiovisual equipment and other remote monitoring devices: in fact together with the traditional needs of organization, production, and safety there is the addition of the safeguard of corporate properties (patrimony protection). This allows recognition by law to the so called protection control – that is control aiming to detect employees' illegal behaviour – and implies that the same procedures (both referring to trade unions and administration) can be extended to remote monitoring tools (2). Moreover the Criminal Chamber of the Italian Court of

(1) Available: <http://www.normattiva.it>

(2) The notion of defensive control has been elaborated by judges in the existence of old art. 4 St. Lav., Tullini P., *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso*

Cassation recently confirmed that the installation of remote control equipment without trade unions' (or administrative) authorization constitutes an offence. This offence in particular constitutes both when the employer has not installed the remote control equipment, but he has acquiesced in its use (3) and even if the employer has installed the audiovisual equipment, but has not put it into operation (4).

In addition, Article 4 provides that paragraph 1 shall not apply to «instruments used by the employee to work and to instruments to record attendance and access times». Italian literature has been discussing on that provision for months by proposing two major interpretations. The first one suggests that Article 4 has completely released the tools from the obligations provided for in paragraph 1. In other words, the employer can have free access to those instruments. On the other hand, it is necessary to make a distinction: Instruments aiming to control the respect of working timetables are *completely* free from any legal bonds mentioned in paragraph 1; instruments to check employees' movements at the workplace are *partly* free from those bonds and in particular they do not require the trade unions' (or administrative) authorization, provided they abide by the needs of organization, production, safety at work and patrimony protection (5).

The second interpretation considers monitoring tools as a wide *genus* inside which we can distinguish, *species* subtracted to the bonds of paragraph 1, such as work instruments and instruments for the recording of access and attendance. The peculiarity of this approach lies in the limits of the two kinds of instruments. The instruments for working cannot be identified in advance and in an abstract way, but are defined by two characteristics: a) they are required in order to carry out tasks and are identified and supplied by the employer acting as a manager; b) the employee has an active role in the use of those instruments at work, in the sense that the instruments are actually used

dal dipendente, RIDL, 2011, I, p. 86. See Maio V., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, ADL, 2015, p. 1200. Contra Maresca A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, RIDL, 2016, I, p. 525 that distinguishes between the general controls to defend corporate properties (to which the article 4 shall be applied) and the controls to verify illegitimate behaviour (to which the article 4 will not be applied).

(3) See Italian Court of Cassation 8 September 2016 - 6 December 2016, n. 51897.

(4) See Italian Court of Cassation 7 April 2016 - 26 October 2016, n. 45198.

(5) Salimbeni M.T., *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risoluzione del legislatore*, RIDL, 2015, I, p. 589; Lambertucci P., *La disciplina dei "controlli a distanza" dopo il Jobs Act: continuità e discontinuità con lo Statuto dei lavoratori*, in *Jobs Act: un primo bilancio. Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015*, a cura di Carinci F., Adapt e-Book, 2016, No. 54, p. 270.

by employees to carry out their tasks. As for the instruments to record access and attendance, that *species* includes both instruments to record the beginning and the end of the workday, and the instruments to detect the employees movements during working hours and at the workplace (intending it physically and digitally i.e. web access) (6).

3. The use of information and the transparent control

Further news compared to the previous formulation of Art. 4 act n. 300/1970 concerning the possibility to use information gathered «to all ends connected to employment relationship» and the necessity to inform the employee about the «monitoring tools and the ways they are used» which have to respect the Legislative Decree n. 196/2003 that is the general regulations applicable to all citizens (hereinafter Privacy Cod) (7). Therefore, failing to remit to the interpreter which consequences may derive from the violation of the general rules by the employer fixed by Labour Law, the new provision uniforms the limits established by Labour Law and those included in the Privacy Code (i.e. the inaccessibility of data) (8).

With regard to the consequences that the employer's power of control can have on employees, the new Art. 4 act n. 300/1970 introduces important issues. Today, in fact, Labour Law presents an explicit reference to the Privacy Code. That is to say that while in the past general provisions – the Privacy Code – proceeded in parallel with specific regulations about monitoring audiovisual devices in Labour Law, the 2015 reform and the consequent “exchange of securities” created authentic interaction between Art. 4 act n. 300/1970 and the Privacy Code (9).

Concerning the use of information, the new formulation makes an immediate link between the employer's power of control and the other management powers: today the information - when they are lawfully acquired - can be used by the employer for all purposes relating to the employment relationship, including for disciplinary purposes (whereas before a number of

(6) Marazza M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, *CSDLE It.*, n. 300/2016.

(7) Available: <http://www.normattiva.it>

(8) Alvino I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto di lavoratori e quelle del Codice della privacy*, *LLI*, 2016, No. 1, p. 30.

(9) Del Punta R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d. lgs. n. 151/2015)*, *RIDL*, 2016, I, p. 107.

legal academics argued that also the use of information complied the conditions attached to the equipment's installation, namely only for the needs of the organization, production, and safety). Additionally, it was held that the use of information coincides with the data's examination and evaluation (10). In other words, some commentators on the new Article 4 have observed that a distinction can be made between the data collection and storage, on one hand, and, on the other, the data's examination and evaluation (11). Consequently, the duty to inform should be related only to the data's examination and evaluation because this is the first act of use. In line with this thinking, the duty to inform aims to protect the interest of employees to check the correct procedure of the processing of personal data and not the right to confidentiality (12).

The duty to inform, as already mentioned, relates to the «monitoring tools and the ways they are used». In that respect, then, the information obtained through any equipment and instruments capable of monitoring the employee may be used but only if the employee was adequately informed beforehand about the manner in which he or she was monitored, i.e. through a detailed internal policy; and only in compliance with the Italian Privacy Code (from 2018 EU Reg. 2016/679) in terms of information and consent of the employee, necessity and proportionality of a lawful monitoring.

With regard to the adequacy, it should be emphasised that the information must be targeted and specific, namely must cover only the monitoring tools used or those that may be used. In other words, the duty to inform is not widespread both as regards the employees and as regards the monitoring tools.

4. The investigation concerning employees information (Article 8 Act n. 300/1970). The necessity of further steps to coordinate the various blocks of Italian legislation

Italian 2015 reform has not touched the other part of the employer's control power which intersects the employees' privacy, namely Art. 8, act n.

(10) See Maresca A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, RIDL, 2016, I, p. 538.

(11) See Proia G., *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, RIDL, 2016, I, p. 562 s.; Maresca A., *op. cit.*, p. 538.

(12) See Maresca A., *op. cit.*, p. 541.

300/70 (13). That provision provides for a strict prohibition to enquire into «the employee's opinions as for politics, religion and trade unions», a softer denial to access to «non relevant facts in the evaluation of professional attitude». In other words the employee's protection of privacy is complete as for politics, religion or trade unions, being them areas that can never be investigated; while the protection is partial as for personal facts which bear a relevance in the evaluation of professional attitude, falling these fact out of the forbidden area.

Similarly unchanged is the relationship between Art. 8 act n. 300/70 and the Privacy Code. The latter moves along the independent path of data processing and only avows formal respect to specific provisions: it asserts in fact full applicability of Labour Law.

Nonetheless from the realistic interaction between the two bodies of Law it is evident that the Privacy Code has substantially disabled the prohibition fixed by Art. 8 act n. 300/70. In particular Art. 26 of the Privacy Code provides that it is not necessary to get every single consent to the processing of sensitive data, but it is sufficient to have the authorization of the independent authority «when data have to be processed to fulfill special requirements provided for by law or by Community rules or legislation about the management of employment relationship». As a consequence the independent authority has introduced a general provision (called *Authorization to sensitive data processing in employment relationship*) in which the single authorizations have been made unnecessary and it has officially set the limits within which data processing is possible (14). In other words that general provision has enhanced the relevance of data processing in contrast with the management (together with the creation and termination) of an employment relationship, which implies that the processing of an employee's sensitive data (the ones concerning politics, religion and trade unions) may be consented to because falling within the general authorization of the independent authority instead of being forbidden as complying to Art. 8 act n. 300/70.

In conclusion, redefining the discipline of the power of control by the employer, the Legislative Decree n. 151/2015 gives the interpreter a more modern and updated framework. The legislator, far from insisting on a defensive approach forbidding any invasion of the employees' privacy, has elaborated a new balance between the contrasting interests of employers and employees keeping in mind both the ordinary use of information technology

(13) Available: <http://www.normattiva.it>

(14) Available: <http://www.garanteprivacy.it>

in the production process and the new perception of privacy among the young generations that – as observed – do not get connected to the internet, but are continuously connected (15).

The new social-economic context, different from the one that in the 1970's had prompted those choices in Labour Law, should justify modifications also in the other aspect of employers' control power intersecting the Privacy Code, namely Art. 8 act n.300/70. Although that disposition remains formally unchanged, it is evident, however, that much has changed in the facts. General regulations about privacy have made art. 8 act n. 300/70 inconsistent, while that provision in interaction with Art. 4 act n. 300/70 was and (even more today) is disabled. In other words art. 8 act n. 300/70 (although *formally* untouched) is actually overwhelmed by two heavy weights: a) Art. 4 act n. 300/70 having a vocation confirmed and reinforced by the 2015 reform; b) the Privacy Code which, still advancing parallel to the specific framework about workers' opinion control, proves capable of overcoming unrealistic and obsolete biases.

Consequently it is an interpreter's task to establish both what rule is applied when the data collected by employer through the remote controls channel (Art. 4) involve sensitive information (Art. 8) and when the processing in the employment relationship fall in the prohibition fixed by Art. 8. In a recent case, for example, a company installed some software programs (*websense, mailbox and Voip*) for the formal reason of the protection of company property. The independent authority observed that: the installation of these softwares is not compliant with Art. 4 and 8 of the Italian Workers' Statute. And the Court confirms this approach and statues: storage and categorization of employees' personal data, concerning surfing the internet, using e-mail and telephone numbers called, acquired by the employer, are illegal. Processing these data results *also* in the violation of article 8 of the Workers' Statute (which prohibits the employer from carrying out directly or by using third party investigations concerning opinion or information on his employees' life) even when the employer doesn't use the data at all (16).

In other words it is an interpreter's task to overcome the persisting contradictions of the system, while waiting for further reforms which – once an *ad hoc* discipline on employees' data processing has been dismissed – may change the framework about control on employees' opinions along the lines of

(15) Ray J.E., «*La loi qui libère ...*», *Droit Social*, 2015, p. 752.

(16) Italian Court of Cassation 19 September 2016, n. 18302, *Notiziaro di Giurisprudenza del Lavoro*, 6-2016, p. 609 ss.

an interaction between general and specific framework launched by Legislative Decree n.151/2015.

5. The International framework

The national regulations regarding the intersecting between the employees' privacy and the employers' power of control entails a particularly serious interference with the European and International framework (17).

At International level it should be recalled that, as Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter cited as Convention) confirms, the right of respect for private life is not defined in the Convention. Thus, the European Court of Human Rights ("the Strasbourg Court") is given the task of determining the content of this fundamental right and of establishing the limitations that may be imposed on the exercise of this right, particularly in compliance with employers' power of control. In that respect, it should be borne in mind that in the *Bărbulescu* judgement the Strasbourg Court finds that «it is not unreasonable for an employer to want to verify that the employees are completing their professional tasks during working hours» (18). In particular, the 2016 judgment concerns the employer's decision to terminate the employment contract of an engineer (*Mr Bărbulescu*), who maintained he had been asked by his employer to open a Yahoo Messenger account in order to reply to clients' enquiries. These communications were monitored by the employer and showed that the engineer had used the Internet for personal purposes, contrary to internal regulations. The Strasbourg Court was asked whether or not this dismissal should be considered as a breach of right to respect of his private life. The Court, saying that apparently only the communications on the Yahoo Messenger account were examined, but not the other data and documents that were stored on the company's computer, gives a negative answer to this question. It therefore assessed that the employer's monitoring

(17) See, for a focus on the Finnish legislation and its application concerning the employer's right to access and monitor employees' email, T. Jaatinen - E. Rautanen, *Accessing Employees' Email in the Workplace – a Gordian Knot?*, EDPL, 2016, p. 2 ss.

(18) Case of *Bărbulescu v. Romania*, 12 January 2016, application no. 61496/08, paragraph 59. See, for a comment, G. Consonni, *Il caso Bărbulescu c. Romania e il potere di controllo a distanza dopo il Jobs Act: normativa europea e italiana a confronto*, DRI, 2016, n. 4, p. 1171.

was limited in scope and proportionate (19). Differently the Strasbourg Court has stated in the *Copland* judgement which highlighted the collection and storage of personal information relating to the applicant's telephone (*Ms Copland*), as well as to her e-mail and Internet usage, without her knowledge, amounted to an interference with her right to respect for her private life and correspondence within the meaning of Article 8 of the Convention (20). In this case, indeed, the employer's monitoring was abusive because these activities were considered as neither transparent, nor proportionate in manner. The employer's conduct lacked transparency because the employee had been given no warning that her calls would be liable to monitoring, therefore the employee had a reasonable expectation as to the privacy of calls made from her work telephone (and the same expectation *Ms Copland* should apply in relation to her e-mail and Internet usage). The employer's conduct was disproportionate because there were reasonable and less intrusive methods that the employer could have used, such as drafting and publishing a policy dealing with the monitoring of employees' usage of the telephone, Internet and e-mail.

In general, however, the Strasbourg Court does not exclude that the monitoring of an employee's telephone, e-mail or Internet usage at the place of work may be considered "necessary in a democratic society" in certain situations in pursuit of a legitimate aim. Specifically, the effect of *Bărbulescu* judgement is that the right to respect of private life is a fundamental but not an absolute right: it may imply restrictions proportional to legitimate necessities. Consequently the worker's right has to be balanced with the employer's right to check the proper fulfilment of the working performance.

Much more interventionist appears to be the Strasbourg Court sitting as a Grand Chamber in its recent judgment of 5 September 2017 (21). Returning to the previous case *Bărbulescu* the Grand Chamber stated that Article 8 has been infringed. The Court's reasoning is developed in two steps.

First, the Court examines the case in terms of the State's negative or positive obligations, noting that: "While the essential object of Article 8 of the Convention is to protect individuals against arbitrary interference by public

(19) Case of *Bărbulescu v. Romania*, 12 January 2016, application no. 61496/08, paragraph 60.

(20) Case of *Copland v. The United Kingdom*, 3 April 2007, application no. 62617/00, paragraph 44. See, for a comment, Golisano G., *Posta elettronica e rete internet nel rapporto di lavoro. Usa, Unione europea e Italia*, ADL, 2007, n. 7, p. 1327.

(21) Grand Chamber, case of *Bărbulescu v. Romania*, 5 September 2017, application no. 61496/08.

authorities, it may also impose on the State certain positive obligations to ensure effective respect for the rights protected by Article 8” (22). In this case, the interference on the privacy was not performed by a State authority but by a private employer; consequently, the complaint should be examined from the standpoint of the State’s positive obligations. The choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 of the Convention in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States’ margin of appreciation. This wide margin of appreciation is explained both because labour law has specific features (and it is governed by its own legal rules, which differ considerably from those generally applicable to relations between individuals) and because there is no European consensus on the regulation of the right to privacy as exercised by employees (23).

Second, the Court considers that the proportionality and procedural guarantees against arbitrariness are essential. In this perspective, the Court does not confine itself to stating the general principles, but applies the proportionality test in order to limit the discretion of the national authorities. More specifically, the Court determines how the national authorities took the proportionality criteria into account in their reasoning when weighing the applicant’s right to respect for his private life and correspondence against the employer’s right to engage in monitoring, including the corresponding disciplinary powers (24). In this way, it is necessary to check whether the worker received prior notice from his employer of the prohibition of personal use of company resources and whether the worker had been informed of the nature or the extent of the monitoring, or to the degree of intrusion into his private life and correspondence (25). In addition, it is necessary to check firstly the specific reasons justifying the introduction of the monitoring measures; secondly, whether the employer could have used measures entailing less intrusion into the applicant’s private life and correspondence. The Grand Chamber concludes that “the domestic authorities did not afford adequate protection of the applicant’s right to respect for his private life and

(22) Grand Chamber, paragraph 108.

(23) See paragraph 119 : the Court takes the view that the Contracting States must be granted a wide margin of appreciation in assessing the need to establish a legal framework governing the conditions in which an employer may regulate electronic or other communications of a non-professional nature by its employees in the workplace.

(24) And also the principles of necessity, purpose specification, transparency, legitimacy and security set forth in Directive 95/46/EC (see paragraph 131).

(25) Both with regard to spatial limits and content limits.

correspondence and that they consequently failed to strike a fair balance between the interests at stake” (26).

In conclusion, this judgment represents a deviation from the past because in the normal approach the Strasbourg Court is quite deferential when it finds that States have a wide margin of appreciation.

At International level, in the context of the increased use of new technologies in the relations between employers and employees the Council of Europe adopted the Recommendation [CM/Rec\(2015\)5](#) (27). This Recommendation - after reiterating that “employers should minimize the processing of personal data only to the data necessary to the aim pursued in the individual cases concerned” (Article 4) - introduces relevant modifications regarding the use of Internet and electronic communications in the workplace. In particular the Recommendation underpins the distinctions between work tools and monitoring instruments.

In relation to monitoring instruments the Recommendation contains an approach, which is differentiated according to whether the introduction and use of information systems and technologies has, on the one hand, the direct and principal purpose of monitoring employees' activity or, on the other, the indirect consequence of monitoring employees' activity (28). Indeed Article 15 of the Recommendation provides that «the introduction and use of information systems and technologies for the direct and principal purpose of monitoring employees' activity and behaviour should not be permitted». Although the same Article provides that «where their introduction and use for other legitimate purposes, such as to protect production, health and safety or to ensure the efficient running of an organization has for indirect consequence the possibility of monitoring employees' activity, it should be subject to the additional safeguards (...), in particular the consultation of employees' representatives».

In relation to work tools Article 14 of the Recommendation provides that «in the event of processing of personal data relating to Internet or Intranet pages accessed by the employee, preference should be given to the adoption of preventive measures» and that «the access by employers to the professional electronic communications of their employees who have been

(26) See paragraph 141.

(27) See A. Sitzia, *I controlli a distanza dopo il « Jobs Act » e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, LG, 2015, n. 7, p. 671.

(28) A comparable distinction is found in Article 16 in relation to equipment revealing employees' location.

informed in advance that such possibility can only occur, where necessary, because of security or other legitimate reasons».

Finally, at International level it should be remember the 1997 ILO Code of Practice on the Protection of Workers' personal data. The point 6 this code concerns the collection of personal data. In this regard, two aspects should be noted: the first concerns the need for the employer to inform the worker and indicate the purposes of the processing, the sources and means the employer intends to use; the second concerns the monitoring of workers, which requires the prior information of workers and the choice of less intrusive methods and means of monitoring. The point 11 concerns the individual rights and focuses on the employer's duty to provide workers with regular information so that they can appreciate the significance of the data being processed. In this perspective the employer must also avoid indirect restrictions, such as asking workers to indicate why they wish to have access and which data they want to see, imposing costs on them or preventing them from exercising their right during normal working hours (29). It should also be pointed out that point 11 gives the worker the possibility of assistance in the exercise of the right of access either by a co-worker or by a workers' representative

6. The European framework

As regards European framework, the Charter of Fundamental Rights of the European Union - under title Freedoms - contains both the right of respect for private and family life (Art. 7) and the right to the protection of personal data (Art. 8). The first Article - in contrast with Article 8 of the Convention - does not provide for the possibility of imposing restrictions on the right of respect for private and family life (30). Nevertheless it can't be ignored that the reference in Article 52 of the Charter to Convention may only be construed as constraining by the same limits provided for by the Convention. According to this possibility, the Court of Justice has stated that the right to respect for private life with regard to the processing of personal

(29) However if access during normal working hours creates difficulties, arrangements should be made to take into account both the interests of the worker and the employer.

(30) See Martinico G., *Commento articolo 7*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di Mastroianni R. - Pollicino O.- Allegrezza S.- Pappalardo F.- Razzolini O., Giuffrè. 2017, p. 114.

data, recognised by Articles 7 and 8 of the Charter, concerns any information relating to an identified or identifiable individual and the limitations which may lawfully be imposed on the right to the protection of personal data correspond to those tolerated in relation to Article 8 of the Convention (31).

Instead, Article 8 of the Charter contains a relatively detailed rule for the protection of personal data: that provision establishes the principle of protection, details rules for the implementation of this principle and establishes the control by an independent authority. The European framework is supplemented by Directive 95/46/EC, which states that national law must guarantee the right to privacy, which is recognized both in Article 8 of the Convention and in the general principles of Community law (32). As a commentator observed: Art. 8 of the Charter marks the passage from a negative approach (as recognized in the Convention) to a positive dimension with the introduction of subsequent rules and principles (33). It follows that, as Guy Braibant notes (about the origin of the provision) clarifying the inter-relationship between the different legal instruments: *ces textes s'inspirent des mêmes principes et tendent aux mêmes objectifs par les mêmes moyens; ils ont contribué à former une doctrine européenne des relations entre l'informatique et les libertés* (34).

At the same time, the Court of Justice has demonstrated considerable dynamism ensuring an interpretation of the European disposition in line with technological evolution. It is suffice to think that in *Google Spain* case the Court stated «as the data subject the person may, in the light of his fundamental rights under Articles 7 and 8 of the Charter, request that the information relating to him personally no longer be made available to the general public by its inclusion in such a list of results, it should be held that those rights override, as a rule, not only the economic interest of the operator of the search

(31) Joined Cases C-92/09 and C-93/09, Court of Justice 9 November 2010, case *Volker*, paragraph 52.

(32) On the basis of Article 94 of Regulation (EU) 2016/679, the Directive 95/46/EC is repealed with effect from 25 May 2018.

(33) See Pollicino O. - Bassini M., *Commento articolo 8*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., p. 136.

(34) "These texts are inspired by the same principles and aim at the same objectives by means of the same legal instruments; they have contributed to form a European doctrine about the relationships between information technology and freedom". Braibant G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires de Guy Braibant*, Éditions du Seuil, 2001, p. 113.

engine but also the interest of the general public in finding that information upon a search relating to the data subject's name» (35).

Recently, the European framework was supplemented by the Regulation (EU) 2016/679 which replaces the Directive 95/46/EC (and a new Directive for the police and criminal justice sector) and will become applicable law as of May 2018 (36). The choice of legal instrument is an important choice: as we know a regulation is directly applicable and does not require additional domestic implementation. As a commentator observed «the Regulation has set itself an ambitious task: the coordination of twenty-eight Member States, their respective Data Protection Authorities, national laws and courts is by no means an easy task; the bar of expectations has been raised high because the Commission has promised nothing less than a «strong, clear and uniform legislative framework at European level» that does away with the patchwork of legal regimes across 27 member states» (37). That objective is pursued by a clear set of principles (principle of lawfulness, fairness and transparency; principle of purpose limitation; principle of data minimization; principle of accuracy; principle of storage limitation; principle of integrity and confidentiality; principle of accountability) and details rules, but there is plenty of doubt whether and how will work in practice (38).

Concerning the right to privacy in the employment context Article 88 of the new Regulation (EU) 2016/679 provides that «Member States may (...) provide for more specific rules to ensure the protection of the rights and freedoms in respect of the processing of employees' personal data». In particular, those rules adopted by the Member States «shall include suitable

(35) Case C-131/12, Court of Justice 13 May 2014, case *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, paragraph 97. See Pollicino O., *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=28017>

(36) Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) published in OJ L 119, 4.5.2016, p. 1-88. This reform derives from a long process: for a comment about the draft General Data Protection Regulation, see Victor J.M., *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protection Data Privacy*, *The Yale Law Journal*, 2013, vol. 123, 2, p. 513.

(37) See de Hert P. - Papakonstantinou V., *The new General Data Protection Regulation: Still a sound system for the protection of individuals?*, *Computer Law and Security Review*, 2016, Vol. 32, 2, p. 182.

(38) See Burri M. - Schär R., *The Reform of the EU Data Protection Framework. Outlining Key Changes and Assessing Their Fitness for a Data-Driven Economy*, *Journal of Information Policy*, 2016, Vol. 6, p. 489 and 501. For an optimistic opinion, see Stanzione M. G., *Il Regolamento Europeo sulla Privacy : origini e ambito di applicazione*, *Europa e diritto privato*, 2016, 4, p. 1264.

and specific measures to safeguard the data subject's human dignity, legitimate interests and fundamental rights, with particular regard to the transparency of processing, the transfer of personal data within a group of undertakings, or a group of enterprises engaged in a joint economic activity and monitoring systems at the work place». Under the Italian system Article 88 will have direct effects on the Privacy Code, but will not involve the employment legislation that is comply with the principle of Recommendation [CM/Rec\(2015\)5](#) (39).

In order to provide a high level of privacy protection for users of electronic communications services and to ensure consistency with the Regulation (EU) 2016/679, the Directive 2002/58/EC (the so-called "ePrivacy Directive") (40) is currently being reviewed (41). The new Proposal for a Regulation concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications is a *lex specialis* in comparison with the Regulation (EU) 2016/679 and aims to particularise and complement it as regards electronic communications data that qualify as personal data (42). Additionally, the Proposal aims to fill a void of protection of communications conveyed through new services: the Commission has verified that the ePrivacy Directive has not kept pace with technological developments because the Over-the-Top communications services ("OTTs") are in general not subject to the current Union electronic communications framework.

Finally, it should be highlighted that the Proposal does not include any specific provisions in the field of data retention. Accordingly Member States are free to keep or create national data retention frameworks that provide, inter alia, for targeted retention measures, in so far as such frameworks comply with Union law, taking into account the case-law of the Court of Justice on the interpretation of the ePrivacy Directive and the Charter of Fundamental Rights.

(39) Ogriseq C., *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, LLI, 2016, vol. 2, 2, p. 55.

(40) Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) (OJ L 201, 31.7.2002, p.37).

(41) See the document of 8 September 2017 available: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=consil:ST_11995_2017_INIT

(42) COM/2017/010 final .

7. Conclusions

The previous pages clearly state that national and international legal tools on this field are technically different and offer different solutions that only partially meet the needs arising from the intersection of workers' privacy and employers' power of control.

Internationally, an approach has prevailed which tends to balance the contrasting interests involved. Flexibility in proportionality, good sense and transparency does not allow to draw a clear line around a worker's right to privacy and always leaves margins to grant the employer with lawful power of control.

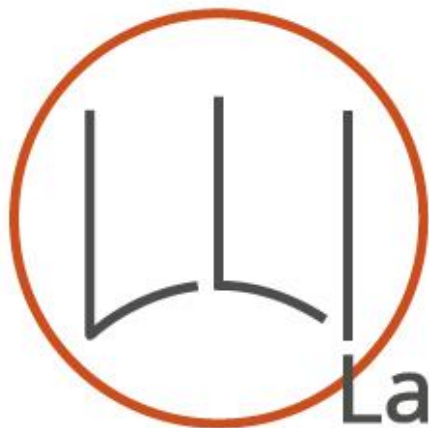
In Europe the right to privacy is only apparently more comprehensive both because of the reference in Art. 52(3) of the Charter of the Convention, and because of the new opening established in Art. 88 of the new Regulation (EU) about data processing in work relationships.

In the Italian legal system, the approach does not appear homogeneous. On one side, in fact, the reform of 2015 on control with audiovisual equipments and other monitoring tools finds a balance between the contrasting interests following the logic of fairness. On the other, data processing turns out to be almost always allowed provided it be relevant in the management (as well as in sign-on and severance) of working relationship leaving alone the privacy of workers.

References

- Alvino I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto di lavoratori e quelle del Codice della privacy*, *Labour & Law Issues*, 2016, No. 1, p. 30.
- Bellavista A., *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, 1995.
- Bianca C.M. - Busnelli F.D. (eds.), *La protezione dei dati personali. Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Cedam, 2007.
- Braibant G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires de Guy Braibant*, Éditions du Seuil, 2001.
- Burri M. - Schär R., *The Reform of the EU Data Protection Framework. Outlining Key Changes and Assessing Their Fitness for a Data-Driven Economy*, *Journal of Information Policy*, 2016, Vol. 6, pp. 479-511.
- Carinci M. T., *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il "Jobs Act" (art. 23 D. Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, *Labour & Law Issues*, 2016, No. 1, p. VII.
- Chieco P., *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Cacucci, 2000.
- Consonni G., *Il caso Bărbulescu c. Romania e il potere di controllo a distanza dopo il Jobs Act: normativa europea e italiana a confronto*, *DRI*, 2016, n. 4, p. 1171.
- De Hert P. - Papakonstantinou V., *The new General Data Protection Regulation: Still a sound system for the protection of individuals?*, *Computer Law and Security Review*, 2016, Vol. 32, Issue 2, p. 179-194.
- Del Punta R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d. lgs. n. 151/2015)*, *RIDL*, 2016, I, p. 107.
- Golisano G., *Posta elettronica e rete internet nel rapporto di lavoro. Usa, Unione europea e Italia*, *ADL*, 2007, n. 7, p. 1327.
- Iaquinta F. - Ingraio A., *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, *DRI*, 2014, p. 1027
- Jaatinen T. - Rautanen E., *Accessing Employees' Email in the Workplace – a Gordian Knot ?*, *EDPL*, 2016, p. 1.
- Lambertucci P., *La disciplina dei "controlli a distanza" dopo il Jobs Act: continuità e discontinuità con lo Statuto dei lavoratori*, in *Jobs Act: un primo bilancio. Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015*, a cura di Carinci F., Adapt e-Book, 2016, No. 54, p. 270.
- Maio V., *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, *ADL*, 2015, p. 1186.
- Marazza M., *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, *CSDLE It.*, n. 300/2016.
- Maresca A., *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, *RIDL*, 2016, I, p. 513.
- Martinico G., *Commento articolo 7*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di Mastroianni R. - Pollicino O.- Allegrezza S.- Pappalardo F.- Razzolini O., Giuffrè. 2017, p. 114.

- Ogriseg C., *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, *Labour & Law Issues*, 2016, Vol. 2, No. 2, pp. 28-64.
- Pollicino O., *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=28017>
- Pollicino O. - Bassini M., *Commento articolo 8*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di Mastroianni R. - Pollicino O.- Allegrezza S.- Pappalardo F.- Razzolini O., Giuffrè. 2017, p. 132.
- Proia G., *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, *RIDL*, 2016, I, p. 547.
- Ray J.E., «*La loi qui libère ...*», *Droit Social*, 2015, p. 752.
- Salimbeni M.T., *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, *RIDL*, 2015, I, p. 589.
- Sitzia A., *I controlli a distanza dopo il «Jobs Act» e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, *LG*, 2015, n. 7, p. 671.
- Stanzione M.G., *Il Regolamento Europeo sulla Privacy: origini e ambito di applicazione*, *Europa e diritto privato*, 2016, 4, pp. 1249-1264.
- Tebano L., *La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?*, *RIDL*, 2016, I, p. 356.
- Trojsi A., *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013.
- Tullini P. (ed.), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, Cedam, 2010.
- Tullini P., *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, *RIDL*, 2011, I, p. 86.
- Victor J.M., *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protection Data Privacy*, *The Yale Law Journal*, 2013, vol. 123, No. 2, p. 513-528.
- Zilio Grandi G. (ed.), *I poteri del datore di lavoro nell'impresa. Atti del Convegno di Studi Venezia 12 aprile 2002*, Cedam, 2002.
- Zilio Grandi G. - Biasi M. (eds.), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016.



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Analyzing the Labour Issues in Pakistan:
A Historical Background of Labour Laws
and Labour Unions**

YU SHUHONG - MALIK ZIA-UD-DIN
Wuhan University, Hubei, China

vol. 3, no. 2, 2017

ISSN: 2421-2695





Analyzing the Labour Issues in Pakistan: a historical background of Labour Laws and Labour Unions

YU SHUHONG

Wuhan University, Hubei, China
Professor at School of Law
shuhongy@126.com

MALIK ZIA-UD-DIN

Wuhan University, Hubei, China
PhD candidate at School of Law
malikziaudin@yahoo.com

ABSTRACT

The study explores the historical development of labour laws in Pakistan during different military and democratic governments. The paper discusses the constitutional framework, international obligations and ILO conventions with regard to country's labour laws. However, the substantial focus is on the representation and problems faced by the labour unions, implementation of labour laws, Occupational Health and Safety of Labourers at workplace and low women participation in trade unions. The study reveals that the country has an exhaustive structure of labour legislation but practically, the labour laws are exploitive and discriminatory. Registration of Trans-Provincial establishments is unclear and constitutional right of formation of trade union has been suspended in the provinces. Serious Occupational health and safety issues at workplaces have been witnessed resulting in loss of several precious lives. Women membership is extremely low in trade unions mainly owing to their distrust on union leaders and fear of losing job, and they receive fewer benefits as compared to their male counterparts. The labour laws exclude the agricultural sector- the biggest employment sector in the country- from its scope.

Keywords: Labour law in Pakistan; Labour Unions in Pakistan; Historical background

Analyzing the Labour Issues in Pakistan: A Historical Background of Labour Laws and Labour Unions

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Emergence of labour laws and unionism in indo-pak sub-continent. – 3. Workers organizations and labour laws in Pakistan. – 4. Dichotomy between theory and implementation of the constitution, labour laws and international covenants. – 5. Conclusion.

1. Introduction

Pakistan is one of the most populated countries in the world having over 191 million (1) populations with an estimated labour force of more than 61 million (2). The labour force of the country consists of individuals over the age of ten years. According to the statistical data, the total employed labour force is over 57 million (3); however, around almost 4 million people are unemployed (4). A huge number of the population, roughly 116 million, lives in the rural areas of Pakistan. The agricultural sector is the largest sector employing 42 percent of the labour force, followed by service sector with 33 percent, and the manufacturing and the industrial sector with 22 percent (5).

The labour union movement in the world began soon after the French Revolution when mining industry labourers first formed a labour association. This brought a revolution and a sense of collectivism because there was no legal status for labour associations (6). Subsequent to this initiative a rapid growth had been observed. This labour movement was not a worldwide movement; rather it began in Europe and in the Anglo-Saxon countries, such as the British colonies Australia, Canada and South Africa (7). Many Asian and African countries were ignored by the civilized world in this socialist movement of labour associations. Thus the Combination Act of 1828 was

(1) Pakistan Economic Survey 2014-2015, p.2

(2) Pakistan Bureau of Statistics, Labour Force Survey 2014-15, p.24

(3) *Ibid*, p. 26

(4) *Ibid*, p. 36

(5) *Ibid*, p. 26

(6) R. Bawa - W. Hashmi, *Labour Unionization in Pakistan- History and Trends. Pakistaniaat, A Journal of Pakistani Studies*, 2010, vol. 2, p. 1 ss.

(7) A. Losovsky, *The World's Trade Union Movement, The Trade Union Educational League*, Chicago, USA 1924, p. 9 ss.

passed by the British Government and these associations were given legal status as labour unions (8).

2. Emergence of labour laws and unionism in indo-pak sub-continent

The labour laws and trade unionism in Indo-Pak sub-continent has a deeply established history. The British ruled the Indian Sub-continent including Pakistan for nearly 100 years (1857-1947) (9). The East India Company took control over India and earned profits by utilizing the resources of this region at lower prices and selling these to the United Kingdom and other European countries at higher prices (10). The industrial revolution commenced when the British Government initiated the industrialization process in sub-continent with the construction of new Cotton mill in Calcutta in 1813 and construction of railway lines in 1853. The British Crown formally took control of Indian Sub-continent in 1857 and banned all Indian competitors of textile goods and products with strict legislation (11). The labour was subjected to inhumane working conditions that led to protests and strikes.

After the usurpation of the Indian sub-continent, a number of influential laws were introduced to further consolidate the control over the resources of Sub-continent. Industrial relations legislation was also introduced with its primary objective to provide England a “*Protected and bonded labour market*” (12). The British Government introduced two highly significant

(8) See Supra note 6 at p.1

(9) C. Kaul, *From Empire to Independence: The British Raj in India (1857-1947)*, online: http://www.bbc.co.uk/history/british/modern/independence1947_01.shtml

(10) I. Ahmed, *Labour and Employment Law. A Profile on Pakistan*, 2010, online: http://www.wageindicator.org/main/documents/Labour_and_Employment_Law-A_Profile_on_Pakistan.pdf.

(11) *Id.*, p.1; See also, Furqan Mohammed, Protecting Pakistani Labourers Post-Eighteenth Amendment: Recognizing Rights after the Devolution of Power, *Loyola University Chicago International Law Review*, USA, 2012, p.269; Osama Siddique, *Pakistan's Experience with Formal Law*, Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press, 2013, p.53; see also Natacha Wexels-Riser, *National Labour Profile: Islamic Republic of Pakistan*, 2004, online: <http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_158916/lang--en/index.htm> (at p.1).

(12) A. Amjad, *Labour Legislation and Trade unions in India and Pakistan*, Oxford University Press, Karachi, Pakistan, 2001, p.5 (The utmost object of British government was not to find new markets for business and trade rather, their primary object was to continuous supply of raw material to their own industry and Europe to earn maximum

legislations, “Employers and Workmen Dispute Act 1860” (which only gave the right of punishment to the employer in the case of a breach of contract without any provision for the protection of employee’s rights) and “Indian Factories Act 1881” (this was implemented on the premise of a shift from skilled workers to mechanized labour and limited the number of hours a child labour between the age of 7 to 12 years could work to no more than 9 hours a day). The legislations seemed to shield the British Industry from Indian Competitors and safeguard the British investors in the area (13). During the early days, the trade unions were formed as workers aid organization without considering the working conditions of the employees. These groups were organized and sensitized mainly to have better-working conditions without representing workers which created a sense of deprivation amongst workers.

Before World War I (WWI), the British government forcefully and violently repressed the confrontation, labour agitation and collective labour actions in India (14). The economic disturbance and political unrest in Indo-Pak sub-continent during WWI gave momentum to the labour agitation and the struggle for better-working conditions and increase in wages. Particularly, the creation of the International Labour Organization (ILO) in 1919 imparted acknowledgment to the labour movements around the globe (15). Thus, the labour unions endeavored against the legal hindrances found in Section 120 of (Indian) Penal Code 1860 (16) and Section 27 of (Indian) Contract Act 1872 (17). This movement gave impetus in formation of labour unions in Sub-continent in Port Trust, Railway, and Post office. Resultantly, the British Government introduced Indian Trade Union Act in 1926 and Trade Disputes Act 1929 to legitimize and control the labour unions (18).

profit); See also O. Siddique, *Pakistan's Experience with Formal Law, Cambridge Studies in Law and Society*, Cambridge University Press, 2013, p. 46 ss.

(13) Furqan M., *Protecting Pakistani Labourers Post-Eighteenth Amendment: Recognizing Rights after the Devolution of Power*, *Loyola University Chicago International Law Review*, USA, 2012., p. 270 ss.

(14) *Ibid.*, p.270

(15) International Labour Organizations (ILO) is only a tripartite United Nations agency, which was established in 1919, the ILO brings governments, employers and workers representatives together of 186 UN member states, to develop labour standards, policies and formulate programmes which promote decent work for all people regardless their gender, creed, race, and ethnicity. See also International Labour Office, *Decent Work, Report of the International Labour Conference 87th Session 1*, ILO, Geneva, 1999.

(16) See Indian Penal Code 1860 § 20

(17) See Indian Contract Act 1872 § 27

(18) Iftikhar supra note 10. p. 2

The Indian Trade Union Act of 1926 gave rights to the workers for formation of unions, registration of trade unions and guaranteed union representation (19). Additionally, the Trade Disputes Act provided the right for arbitration between employers and employees to settle and prevent disputes in future. The disputes could also be forwarded to the court for further inquiry or reconciliation. Later on, other legislations were introduced for the labour welfare, which include but are not limited to The Factories Act, 1934, Payment of Wages Act, 1936, Mines Act, 1923, Workmen Compensation Act, 1923 and Dock Labour Act, 1934 (20). After the Second World War (WWII), the Essential Services Maintenance Ordinance, 1941 and the Industrial Employment Act, 1946 were promulgated (21). The Industrial Employment Act described the process of recruitment, termination, punitive action and conditions for work and welfare of the employees (22). Moreover, The Industrial Disputes Act, 1947 was promulgated for the permanent solution of disputes under specific rules and regulations.

On the political arena, The Indian Nationalist Leaders started to join hands with the working class because of agitations in late 19th century. Many sporadic protests and strikes occurred especially by the workers from different industries in Ahmadabad, Bombay, Calcutta and Madras. They were mostly irregular, spontaneous and un-organized which were primarily based on economic grievances (23). But the movement gained momentum after the Indian Nationalist Leaders joined the All India Trade Union Congress particularly after the boycott of Whitley Commission (24), which was

(19) Z. Hisam, *Struggle without end: Industrial Relations and Labour Rights in Pakistan*, Centre for Democratic Governance, The Network for Consumer Protection, Islamabad, 2004, p. 12 ss.

(20) *Ibid*, p. 12. Many laws were promulgated but these laws were found progressive and helpful because they allowed labourers to be a part of trade unions in all sectors except the armed forces and police.

(21) See National Trade Union Federation of Pakistan's *report on History Labour movement in South Asia*, 2015, online: <<http://pgil.pk/wp-content/uploads/2015/12/History-Of-Labour-In-South-Asia.pdf>> at p.2

(22) C. Candland, *The Politics of Labour in a Global Age: Continuity and Change in Late-industrializing and Post-socialist Economics.*, Chapter 3. *The cost of Incorporation: Labour Institutions Industrial Restructuring and new Trade Union Strategies in India and Pakistan*, Oxford University Press Inc., New York, 2001, p.70 ss.

(23) M. Aggrawal, *Industrial Policy of British in India*, online: <<http://www.historydiscussion.net/british-india/useful-notes-on-the-industrial-policy-of-british-in-india/646>>.

(24) Whitley Commission was instituted as a mean of remedy for industrial unrest and also used for wage negotiations between the employer and employee by the Great

constituted by the British-Indian Government to oversee the labour conditions in 1929 in India.

3. Workers organizations and labour laws in Pakistan

Pakistan gained independence from Britain and separated itself from India in 1947 (25). Since then, the country has passed through a number of martial laws and democratic regimes (26). The leaders determined the labour laws throughout their term of office which resulted variation in the labour laws from government to government (27). However, most of the labour legislations are based on the inherited legal framework of Britain. Many of the legislations were derived from colonial acts and amendments, which were enacted from 1850 to 1947 and still exist as a part of the country's labour legislation (28). The newly independent country only inherited 9% of the total industry of India after partition and very few of these industries were located in urban areas with fewer numbers of employees as compared to India (29). Due to a smaller industrial base, a limited number of workers was affiliated with industry as well as with the trade unions and workers movement. The table below gives a glimpse of the number of workers registered under the Factory Act in some imperative industries in 1949 (30).

Britain in India; see also J.H. Whitley, *The Report of the Royal Commission on Labour in India*, 1931.

(25) In 1947, Pakistan consisted of East Pakistan and West Pakistan; East Pakistan became a separate country in 1971 with the name Bangladesh and West Pakistan is the present day Pakistan. See India-Pakistan Trade Unit, Bangladesh for a concise detail of labour law in Pakistan and Bangladesh, online: <http://www.iptu.co.uk/content/bangladesh-employment_1aw..asp>

(26) See discussion infra part III. B

(27) Pakistan has very poor infrastructure of check and balance, therefore, Pakistani leaders had full authority given by the Parliament to formulate legislations and amendments according to their requirement; See Furqan Mohammed, *Exploring. Power. Politics and Constitutional Subversions in Pakistan: A Political and Constitutional Assessment of Instability in Pakistan*, Loyola International Law Review, 2010.

(28) Zeenat supra note 19 at p.13

(29) Furqan supra note 27

(30) National Trade Union Federation Pakistan, online: <<http://ntufpak.org/links.html>>

Table 1: Distribution of Unionized Workers in 1949

Category of Industry	Numbers of worker
Factories workers	184,752
Mines Workers	9,413
Railway Workers	135,000
Dock Workers	15,000
Shop Workers	16,000
Workers on Ships	125,000
Total Workers	482,165

Source: National Trade Union Federation of Pakistan. www.ntufpak.org

It is worth mentioning, that the population of Pakistan was roughly 75 million at the time of independence and only 0.63% of the population's workers were engaged in industries (31). The above table depicts the weak economy of the country with a poor industrial infrastructure.

In 1948, there were merely 115,000 union members, in which Pakistan Trade Union Federation (PTUF) had 20,000 members in 38 associated unions primarily from the railway industry whereas, in 1949, All Pakistan Federation of Labour (APFOL) had 95,000 members from 49 unions in multiple industries, particularly ports (32).

A. Constitutional framework and labour laws of Pakistan

The Constitution of Pakistan is comprised of various provisions for the social and economic well-being of citizens and the encouragement of social justice. Fundamental rights, such as security of livelihood, prohibition of bonded labour, eradication of slavery, and the right of association, have been incorporated in the constitution. The state has the basic responsibility not to make any laws or implement such laws, which are inconsistent with the fundamental rights. Thus the constitution affirms the convinced progress of labour legislation, which is conducive to change and to benefit the working class.

(31) After the independence of Pakistan from India, the biggest question was about the Pakistan's economic condition because India got most of the industry and resources of the country, online: http://iba.edu.pk/News/speechesarticles_drishrat/Indo_Pak_economies_compared.pdf; see also Pakistan Labour Profile, 2014, Danish Trade Union Council for International Development Cooperation, Ulandssekretariatet, LO/FTF Council, Denmark.

(32) *Ibid.* p, 24-25

The Article 141 and 142 of the Constitution of Pakistan vest power with the National and Provincial Assemblies to formulate any law on the matters incorporated in the Concurrent List (33). The provisions of legislation with regard to labour as provided in the Constitution of 1973 were reasonably similar to the provisions drafted in the erstwhile Constitutions of 1956 and 1962 of Pakistan. The majority of rights and privileges concerning the working class of the country under the labour laws are protected in the Part-II of the Constitution, which requires being read together with Part-I.

Table 2 Relevant Articles & Labour Laws in the Constitution of Pakistan

Serial No	Article No	Description
	Article 4	<i>describes that every citizen has the absolute right to enjoy, life, property, reputation with the protection and to be dealt with unforfeitable law</i>
	Article 9	<i>specify that nobody shall be striped of life or liberty which is preserve in accordance with law</i>
	Article 11	<i>prohibitall kinds of human trafficking, forced labour, slavery, and child labour at hazardous places</i>
	Article 17	<i>encompasses the freedom of association or unionized provided to the citizens, considering the reasonable restrictions obligatory in the absolute interest of public writ and morality</i>
	Article 18	<i>stipulates that all the citizens have right acquired any lawful possession or occupation and to carry out any legitimate business or trade</i>
	Article 25	<i>describes that all citizens have equal rights before the law and forbid any discrimination on the basis of gender, creed, and sex</i>
	Article 37(c)	<i>allows the citizens of Pakistan to receive social security by using obligatory social insurance means</i>
	Article 37(d)	<i>involve the country should take care of fundamental necessitates of life such as (food, clothing, housing, education, medical relief) for the citizens who</i>

(33) The Labour Laws falls within the ambit of Concurrent Legislative List, which was amended and adopted in 1973. The Concurrent Legislative List comprised of 47 entries, the entries discuss labour concerns are: a) No. 26 – welfare of labour, health, safety and security considerations of labour, provident fund, employers' liability & responsibility, worker's compensation, including illogicality of pension and pension after retirement and health insurance; b) no. 27 – trade unions, industrial and labour conflicts and settlement mechanism); c) No.28–the formation and execution of exchange of labourers, establishment of employment info agencies, and training and development institutions; d) No.30.–regularizing the labour safety working in mines, factories and oil industries; e) No.31.–joblessness insurance; and f) no.45.– queries and statistical data on any matter which is given in the list.

are temporarily or permanently incapable of earning the sustenance because of sickness, feebleness or joblessness

Article 37(e) *Specifies to shelter the humane working conditions for workers, and assuring not to employ women or children in work, which is not suitable for their sex or age.*

Source: *The Constitution of Pakistan, 1973. available at. <http://www.pakistani.org/pakistan/constitution/> (Accessed on 25-06-2016)*

Table No. 2 describes the relevant articles of fundamental rights of the people of Pakistan and also their right to form a union or association and necessary laws to cover the working conditions. The articles describe clearly that all the working classes or labourers should be provided these fundamental rights enumerated in the constitution of Pakistan. The detail of these constitutional fundamental rights will help to analyze the labour condition in the country during different regimes.

B. Formation of labour laws by the former governments

The first military government of General Ayub Khan came into existence in October 1958 (34). The government was acclaimed for the economic growth, which naturally occurred on account of efforts of the working class (35). The Government replaced the Industrial Disputes Act (IDA), 1947 with the Industrial Disputes Ordinance (IDO), 1959 (36) which included sectors such as textile and sugar in the description of public utility sectors despite the fact that these utilities had no direct connection with the public utilities. The change in the law prohibited protests and strikes in any industry from both public and private sector. In order to carry out such activities, trade unions need to have a compulsory arbitration process, which

(34) Y. Niaz Mohiuddin, *Pakistan: A Global Studies Handbook*, ABC-CLIO, 2007. General Ayub Khan emerged as a leader as a result of the military coup; he expelled the incapable politicians who were in power. Soon after declaring martial law in the country he announced himself the head of state, p.164.; See also Furqan M., *Protecting Pakistani Labourers Post-Eighteenth Amendment: Recognizing Rights after the Devolution of Power*, Loyola University Chicago International Law Review, USA, 2012, p.272

(35) *Id.* ("The Ayub's era is often known as the golden era of economic development in Pakistan. But his policies also led to sharp inter-regional and interpersonal inequities in income distribution and in the concentration of wealth and power..").

(36) The Industrial Disputes Ordinance (IDO) 1959, mostly followed the structural formation of Industrial Disputes Act (IDA) 1947, but drastically changed the underlying policies which curtailed the right of association, forming of trade unions and collective bargaining.

was discussed in the IDA 1947 (37). The IDO 1959 authorized both parties to request for arbitration proceedings, whereas prior to IDA 1947 only the aggrieved party was allowed to decide whether to go for consultation and arbitration. The Industrial Disputes Ordinance 1959 allowed only employers to file an application for arbitration of the disputes to industrial courts, which are against the fundamental rights and unfair to the trade unions. On the contrary, the IDA 1947 gave right to file an application for arbitration in district courts, which were apparently more justified for decision-making (38). The government further promulgated the Trade Unions Act 1968 wherein the management to prohibit any trade union representative from any activity against the establishment was authorized. The revised Industrial Disputes Act (IDA) 1968 permitted Federal or Provincial government to prohibit strikes in any industry by declaring that strike against “*public interest*” (39).

The new military government of General Yahya Khan amended labour laws significantly and acknowledged that the workers had not been treated fairly during the previous administration (40). Thus, he passed the Industrial Relations Ordinance 1969. The main characteristic of this ordinance was that following rights were restored: 1) the right of unionization for employers and employees; 2) the right to go on strike and walkout in case of failure in negotiations (41); 3) the initiation of a voluntary system of adjudication and; 4) to provide maximum shelter to the trade union leader from any adverse action

(37) Shaheed M., *The Labour Movement in Pakistan: Organization and Leadership in Karachi in the 1970's.*, Oxford Univ. Press 2007, General Ayub Khan did not want to contravene with the ILO therefore, he listed these sectors as public utilities to ban the strikes which made the sector nearly impossible to strike, p. 252.

(38) *Ibid*, In IDO 1947, the industrial courts were given authority to be tripartite with the chairman for advice two members as representatives from employers and employee, p. 252.

(39) Furqan Mohammed, “The sole purpose of the addition of this clause was to prohibit the trade unions from any strikes while considering the industry as “*public interest*”, p. 273.

(40) General Yahya Khan announced the Labour Policy 1968 in which he said: The government accepts that the workers have not been treated considerably in the past. Regardless, of rapid development, growing prosperity, and increased production, the workers have not been given their right to uplift their life standard even they remained static, rather, in many cases, their livelihood has been observed deteriorated.

(41) The government continued to hold the power to forbid collides within the eight public sector offices such as ports, fire-fighting services, security services, hospitals, postal and telephone services, railways and airways, and sanitation including the generation and supply of electricity, gas, and water available to the people.

during the registration of trade unions and the bargaining process (42). The labour appellate courts were established to handle and settle the appeals from industrial courts in a speedy manner and the clause of "public interest" was also omitted (43).

The Democratic Government of Zulfikar Ali Bhutto came into power in 1971 (44). He admitted that he came into power as a result of the unconditional support from students, workers and the unemployed (45). He announced a comprehensive Labour Policy in 1972 with an aim to address the following issues:

- i) An increase in workers wage,
- ii) An increase in production
- iii) To encourage the formation of the trade union for the betterment of the workers (46).

The most significant and notable features of this policy on labour rights encompass the following three points:

- (1) Any appointment or termination of the workers must be in writing and handed over to the worker;
- (2) Establishment of labour courts with condition to decide any pending disputes or matters within 30 days;

(42) The clause "public interest" was added by General Ayub Khan in the Industrial Disputes Ordinance (IDO) 1968 and give authority to the government to stop strikes in any sector it falls within the "public interest" sector.

(43) The disputes between labours and industries are initially filed in the industrial courts. The High Courts of Pakistan are designated to act as Labour Appellate courts and currently Pakistan have five High Courts, one from each province and one from the Federal Capital.

(44) Zulfikar Ali Bhutto's presidency led geographical changes in Pakistan's modern history that gave birth to East Pakistan which later becomes Bangladesh and West Pakistan became Pakistan. American Institute of Pakistan Studies, *Contemporary Problems of Pakistan* 176 (J. Henry Korson ed., Westview Press 1993) (After the first Democratic elections, the Awami League, a Political Party from East Pakistan won the majority of seats and civil war emerge on the issue of constituting government in National Assembly between East and West Pakistan)

(45) Zulfikar Ali Bhutto said in his first speech after entering in the presidential office by stating:

"Our electoral success was made possible because of the toiling masses, particularly peasants and labourers, co-operated with the Pakistan People's Party. We cannot forget their kindness". See also C. Candland, *The Politics of Labour in a Global Age: Continuity and Change in Late-industrializing and Post-socialist Economics. Chapter 3, The cost of Incorporation: Labour Institutions Industrial Restructuring .and new Trade Union Strategies in India and Pakistan*, Oxford University Press Inc., New York, 2001, p. 41.

(46) S. Ghayur, *Evolution of the Industrial Relations System in Pakistan*, Cornell University ILR School, DigitalCommons@ILR, 2009, p. 13.

(3) The Establishment of landmark National Industrial Relation Commission (NIRC), to encourage legitimate trade unionism and to deal with the unfair labour practices (47).

General Muhammad Zia-ul-Haq suspended the Constitution of Pakistan and declared martial law as a result of nationwide allegations of election rigging and government's corruption (48). Inspections of the factories under Factories Act 1934 were discontinued, workers rights were also curtailed and he completely banned strikes and protests. During his eleven years of government, he suppressed the unions and imprisoned union leaders from both public and private sectors and showed favoritism towards employers (49).

During the fourth Military Government of General Pervaiz Musharraf, the ban and restrictions on labour unions imposed by General Muhammad Zia ul-Haq were lifted (50). It is inevitable to mention that four democratic governments assumed the office but had not introduced any significant labour

(47) The National Industrial Relation Commission (NIRC) is a federal commission that has its branches in all the provinces as well. Likewise, the National Labour Relations Board (NLRB) is working in the U.S. in both formations and function.

(48) Z. Yaseen - A. Ahmed - T. Mahmood, *Hypothetical Political System of Martial Laws: A case of General Zia ul Haq*, *Journal of Punjab University Historical Society*, Lahore, Pakistan, 2016, p. 122.

(49) Christopher *supra* note 34, p. 46-47 (talk about the decisions made by General Zia-ul-Haq's martial law) and Pakistan Institute of Labour Education and Research, *Pakistan: PILER Welcomes Amendment in Services Tribunal Act and Repeal of Removal from Services Order*, South Asia Citizens Website, online: <<http://www.sacw.net/article1369.html>> [hereinafter PILER, *Amendments*] (talking about several laws passed by General Zia-ul-Haq's regime were replaced recently). General Zia proposed the labour class which made his impressions absolutely pro-employer. He said: "It is not for the employers to provide *roti* (bread), *kapda* (clothes) *aur* (and) *makaan* (homes). It was for God Almighty who is the provider of livelihood to his people. Trust in God and He will bestow upon you an abundance of good things in life".

(50) In late 1988, Benazir. Bhutto, the daughter of Zulfikar. Ali Bhutto abolished many sanctions which had been imposed by General Muhammad Zia ul Haq on Trade Unions. Christopher Candland, *supra* note 34, p.47. However, none of the governments before General Pervaiz Musharraf gained control in mid of 1999 have shown interest to legislate any detailed labour policy; *Ibid.* at p.47.-48 ("Since 1980, the government of Pakistan has been unable to formulate a labour policy, despite numerous promises by each of the several governments in power . . ."). It happened only because of the unstableness of previous democratic governments; See also I. Malik, *The History of Pakistan*, Greenwood Press, 2008, p.175 ("Benazir Bhutto and Nawaz Sharif were both chosen twice for office but would be removed before they finished a term; there were also three interim governments in place during this time period").

laws since the end of military government of General Muhammad Zia-ul-Haq (51).

General Musharraf's government amended the Industrial Relations Ordinance IRO 1969 with Industrial Relations Ordinance 2002. The amended IRO 2002 authorized the government to omit the particular classes of workers who had protection in the former IRO 1969 under the "*public interest*" clause (52). It also excluded the imprisonment clause for employers who conduct labour violations in IRO 1969 into only fines. Additionally, if an employee was wrongfully terminated and later won the case in court; the worker was only entitled to be paid lost wages. The employer was not legally bound to reinstate the wrongfully terminated workers. This new clause encouraged the employers to sack the workers with limited consequences (53). The Labour Appellate Courts were also abolished through IRO 2002 and all appeals were to be made to the High Courts of Pakistan. The section 3(d) of Industrial Relations Ordinance, 2002 states that all collective bargaining units must be affiliated with nationwide federations already registered with the National Industrial Relation Commission (NIRC). This affiliation with nationwide federations must be made within two months of award of the status of Collective Bargaining Agent (CBA) (54). Removal from Services Ordinance, 2000 was also promulgated which empowered the government to sack any employee without any sound reason (55).

(51) The Second Democratic Government of Benazir Bhutto assumed power on 2nd December, 1988, but her government was dissolved on 6th August, 1990. The third democratic government was made by Nawaz Sharif in the same year, but he resigned from the Prime Minister's office on 18th July 1993. The third democratic government formed by Benazir Bhutto in the same year on 19th October, 1993 but then the President used his constitutional power of Article 58 2(B) to dissolve the National Assembly on 29th January, 1997. Fourth Democratic Government was formed by Nawaz Sharif in the same year on 17th February, 1997 but he was ousted from the office as a result of military coup d'état by General Pervez Musharraf on 12th October, 1999, online: <[https://en.wikipedia.org/wiki/Timeline_of_Pakistani_history_\(1947%E2%80%93present\)#1988](https://en.wikipedia.org/wiki/Timeline_of_Pakistani_history_(1947%E2%80%93present)#1988)>.

52 Industrial Relations Ordinance, 2002, online: <<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/62636/65260/EO2PAK01.htm>>; see also PILER, Denial and Discrimination, 2007, initially, the IRO 1969 was adopted by General Ayub Khan, it was also having the similar provision.p.8.

53 *Ibid*,p.18

54 Sabur supra note 46, p.19

55 A. Shadab, *President Signs Services Tribunal Amendment Bill*, *The Critical BLOG*, 5th March. 2010, <http://criticalppp.com/archives/6755>. Comparing with the Services Tribunal Act of 1973, workers were only allowed to file the cases to the Federal Services Tribunals and the Pakistani High Courts have jurisdiction to entertain appeals; See also *Removal from Services Ordinance 2000*, (Published in *Daily. Times Newspaper* on 27th January.2010), online:

The next democratic government of Asif Ali Zardari repealed Industrial Relations Ordinance 2002 with newly promulgated Industrial Relation Act (IRA) 2008. The main features of newly promulgated act were the re-establishment of Labour Appellate Courts which permitted the aggrieved parties a speedy hearing, and the abolishment of the “*Public Interest*” clause (56). Most notably, the IRA 2008 omitted the Section 3(d) of the previous Industrial Relations Ordinance, 2002 in which all Collective Bargaining Agents (CBAs) were required to be affiliated with a National Federation registered with the newly established National Industrial Relations Commission (NIRC). IRA 2008 remained in effect until the Parliament passed the remarkable Eighteenth Amendment in April 2010.

The approval of Eighteenth amendment abolished the Concurrent Legislative List (CLL) (57). The rationale behind the approval of Eighteenth Amendment was to give more autonomy to the provinces. The amendment made the Federal Government incapable of promulgating legislations which affect provinces.

C. Provincial response on eighteenth constitutional amendment

The Eighteenth Constitutional Amendment devolved the labour and 47 other subjects of Concurrent Legislative List (CLL) in April 2010 to the provinces. This amendment is considered to be a historic political development which led to the decentralization of power and autonomy to the

<http://www.dailytimes.com.pk/default.asp?page=2010%5COI%5C27_%5Cstory_27-1-2010_pg7_1>.

(56) IRO 2002, § 1(4) (“*Provided that the Federal Government may suspend, in the public interest, by an order published in the official Gazette, the application of this Ordinance to any establishment or industry for a period specified in the order not exceeding six months at a time.*”) replaced with IRA, section.1(4) (2008), online: <<http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/51/Industrial%20Relations%20Act.pdf>> (regarding excluding the public interest article).

(57) IRA 2008, § 87(3) (a stipulated condition in the IRA of 2008 ultimately annulled on 30th April, 2010); See also A. Mukhtar, *Centre's Move to Enact Labour Laws Seen as Trespass*, Dawn Newspaper, 30th May, 2011, <http://www.dawn.com/2011/05/30/centers-move-to-enact-parallel-labour-laws-seen-as-trespass.html> (The IRA, 2008, accordance to the Section 87(3), automatically abrogated on 30th April, 2010). Both the International Labour Organization (ILO) and the Superior Courts of Pakistan interpreted that the abrogation was the virtual consequences of Section 87(3) of IRA, 2008. The Concurrent Legislative List (CLL) gives power to promulgate legislation to the federal and provincial governments. Pursuant to 18th Amendment, the power of federal government on promulgation of laws was abolished about the matter mentioned in the CLL. The power exclusively transferred to the provinces on such subjects.

provinces for the betterment and positive change in common people's life. The eighteenth amendment has altered about one hundred clauses of around two hundred and eight articles of the Constitution of Pakistan, which would have a "profound impact on the way the country is governed and its economy is managed" (58).

Federal legislation has been overruling the provincial legislation for many years, which created unrest between the Provinces on the issue of autonomy (59). The most important provisions relating to the labour legislations in the Council of Common Interest (CCI) (60) comprised of the following:

- i) Labour condition and welfare, provident fund, worker's compensation and employer's responsibility;
- ii) Industrial Relations, Industrial Disputes and Trade Unions;
- iv) Exchange of information regarding labour employment to the Bureau of Training;
- v) Legislation on the safety and security issues of labour in factories, mines and oilfields;
- vi) Insurance case of being jobless (61).

After the enactment of eighteenth constitutional amendment the responsibility of legislation concerning the above-mentioned subjects lies with the Provincial governments.

The Punjab Province has promulgated 15 laws by the end of December 2014 including Punjab Industrial Relations Act (PIRA) 2010 (62). The newly adopted law had one provision that is in conflict with ILO convention No. 87 which gives right to form trade unions. After several years of perennial discussions and lobbying by the trade unions in the country and continuous pressure from the ILO, an amendment to the Punjab Industrial Relations Act

(58) S. Javed Burki, *The 18th Amendment: Pakistan's Constitution Redesign*, Institute of South Asian Studies, Working Paper No 112, September 2010; See also, Z. Shaukat, *The devolved course: Constitutional Reforms and status of Implementation of Labour provisions, Pakistan Institute of Labour Education and Research (PILER)*, 2011, p. 91.

(59) C. Almeida, *Pakistan empowers its provinces', Federations: Forum of Federations*, December 2010-January 2011. Federal Government has been influencing the provincial autonomy over many issues particularly during the promulgation of any legislation, online: <<http://aigaforum.com/articles/federation.pdf>>.

(60) Council of Common Interest (CCI) was constituted under Article 153 of the Constitution of Pakistan. The purpose of CCI is to resolve disputes between Federation and Provinces over sharing of power, online: <<http://cci.gov.pk/rules-of-procedure-of-cci>>.

(61) Zeenia supra note 58,p.92

(62) Pakistan Institute of Labour Education and Research (PILER), *Status of Labour rights in Pakistan The Year 2014*. PILER, Karachi,p.15

2010 was made in which that conflicting provision stipulating fifty workers for the formation of unions was ultimately abolished (63).

After Eighteenth Amendment, the Khyber Pakhtunkhwa province also adopted seven laws which comprised labour laws, welfare and industrial relations laws (64). The labour union representatives asserted that the Provincial Government made amendments in laws unilaterally, which is inconsistent to the constitutional mechanism of the Tripartite Conference and Labour Standing Committee. In addition, the Provincial Government did not allow Labour Unions, NGO's, academicians and judiciary to review the amendments in the law.

The Sindh Province enacted only Sindh Industrial Relations Act 2010, the sole labour law of the province till the end of 2014. On the contrary, the labour department has circulated five drafts of laws such as Sind Workers Welfare Fund Act, Sindh Factories Act, Sindh Industrial and Commercial Establishment Act and Companies Profit (Workers Participation) Act amongst the different stakeholders. The department is yet to receive their feedback (65).

The Baluchistan Province has drafted three laws which are still pending for the approval from the assembly; i) Baluchistan Protection against Harassment at Workplace Bill, 2014, ii) Baluchistan Child Welfare and Protection Bill, 2014 and iii) Baluchistan Senior Citizens Welfare Bill, 2014. The government has enacted two laws pertaining to labour and welfare, i) Baluchistan Industrial Relations Act, 2010 and ii) Baluchistan Zakat and Usher Act 2012.

D. Fundamental labour rights and international obligations

International Labour Organization (ILO) was created in 1919 with the primary objective to help build a social framework for peace, prosperity, and stability during economic progress, which could bring success and social justice to the life of workers. The United Nations (UN) tripartite agency was established (employees, employers, and governments) to develop instruments

(63) A continuous lobbying and consultation with different stakeholders such as Labour Unions and ILO were occurred with the Punjab Government, finally, it was decided that the government will omit this clause from the PIRA 2010 with an amendment in May, 2014. This amendment was the result of continuous hard work and proper consultation with ILO, labour unions, and other counterparts.

(64) Zeenia supra note 58, p. 93

(65) Zeenat supra note 19, p. 15.

and labour standards, which help to achieve ILO's aims of building a better social framework for labourers. The ILO conventions are globally ratified by many countries. The signatory country has legal obligation to transform its legal position and includes these convention provisions in the constitution. The standards of such conventions are flexible, and do not let any government pick one of the articles of conventions which they wish to apply. It legally bounds the signatory countries to implement the true spirit of the conventions while harmonizing national legislation with the provisions of conventions.

Table 3. The Eight Core Convention of International Labour Organization (ILO)

Sr. No	Category Name	Name of Conventions
I	<i>The right to organize and engage in collective bargaining</i>	<i>Convention 87: Freedom of Association and Protection of the Right to Organize (1948); Convention 98: Right to Organize and Collective Bargaining (1949)</i>
II	<i>The right to equality at work</i>	<i>Convention 100: Equal Remuneration Convention (1951); Convention 111: Discrimination (Employment and Occupation) Convention (1958)</i>
III	<i>The abolition of child labour</i>	<i>Convention 138: Minimum Age Convention (1973); Convention 182 on the Worst Forms of Child Labour (1999)</i>
IV	<i>The abolition of forced labour</i>	<i>Convention 29: Forced Labour Convention (1930); Convention 105 on the Abolition of Forced Labour (1957)</i>

Source: International Labour Organizations (ILO) official website,
<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12001:0::NO::> (accessed on 16-04-2016)

Pakistan became a member of ILO in 1947 and since then, including eight core conventions it has ratified a total of 36 conventions out of which 33 are in force and 3 were denounced ⁽⁶⁶⁾. Similarly, the Convention on Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), which encompasses the rights of children including two further protocols, has also been ratified. Pakistan has also signed the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) which contains a number of

(66) International Labour Organization (ILO) official website (July, 08, 2016)

provisions associated with economic independence and labour rights. The Federal Government is responsible for the implementation of ILO Conventions and other international labour treaties which fall under the exclusive legislative jurisdiction of the parliament as mentioned in the item (3) of Part (1) of the Federal Legislative List (FLL) (67).

4. Dichotomy between theory and implementation of the constitution, labour laws and international covenants

Pakistan has experienced significant variations throughout its history due to recurrent changes in political regimes. No labour laws were declared unconstitutional which were passed during the previous military and democratic governments (68). The labour laws only changed with the change in administration. Despite being favorable for the promotion of labour rights, labour laws have not been properly implemented, and thus benefits accruing thereof have not been adequately extended to the labourers. The Eighteenth Constitutional Amendment authorized the Provinces to legislate their own labour laws. The provinces have passed many labour laws which are against the true spirit of fundamental human and labour rights embodied in the Article 9, 11, and 17 of the Constitution of Pakistan (69).

A. Trade unions and status of labourers

A recent report revealed that around 7204 trade unions are registered with more than one and half million members which are less than 2.8% of the total labour force of the country (70). The enormous labour force in the country shows the economic capability and strong human capital. But their less participation in trade unions explains their distrust on trade unions as well as labour laws. However, the detail of Labour Force, Trade Union and the

(67) The Constitution of Pakistan is comprised of two lists; the Federal Legislative List (FLL) and the Concurrent Legislative List (CLL). Federal Government is only responsible for the legislation of items listed on the list first. The items listed in the second list authorize both Federal Government and Provincial Government to govern. However, the functions which are not mentioned in any list will have "residuary powers" allowed to the provinces.

(68) Christopher supra note 22, p.52.

(69) The Constitution of Pakistan, 1973, Article, 9, 11, 17; See also, K. Ahmed, *Labour Movement in Pakistan Past and Present*, 2nd Edition, 2011, Institute of Workers Education and Labour Studies, Lahore, Pakistan, p. 110-11.

(70) Sabur supra note 46, p.26; See also Pakistan Labour Profile supra note 31.

Trade Unions with the status of Collective Bargaining is presented in the following Table. 4.

Total Labour Force of the country	61.04 Million
Number of Trade Unions	7,204
Number of Trade Unions (Collective Bargaining Status)	1,905
Members of Trade Unions	1,800,000
Trade Union Members share of Labour force	2.8%

Apart from the aforementioned statistical data, the country's labour force is still facing many challenges ranging from membership and registration of trade unions, status of collective bargaining agents and right to strike. A recent report by International Trade Union Confederation (IUTC) discloses that the Federal and Provincial Governments are not fully guaranteeing trade union rights as preserved in law. In reality, their rights are often violated and four different cases were registered against the Government of Pakistan in 2013 (72); i) trade union leader was attacked during negotiation with employer on wages, benefits and job security which reached at deadlock; ii) dispersal of strike of 400 young doctors who were recording their protest on the criminal cases launched against their colleagues; the government refused to reinstate 200 young doctors although the health authorities has given written order to reinstate; iii) difficulty in recognition of Collection Bargaining Agents (CBAs) as a mining company was denied to be recognized a trade union; iv) undue and unlawful interference of government agencies or employers during strike when police intervene in peaceful protest and strike and refuse to bargain (73).

Subsequent to 18th amendment, the violations and contradictions in labour laws with the constitution have been noticed in under mentioned areas of labour rights. The Federal and Provincial labour laws are incongruous with Article 17 (1) of the Constitution of Pakistan (74). The law basically does not protect labour from anti-union discrimination. Moreover, the article 8(2) (b) of

(71) Pakistan Economic Survey, 2015; Pakistan Labour Force Survey, 2015; see also Pakistan Labour Profile supra note 31.

(72) Survey of violation of Trade Unions Rights, online: <<http://survey.ituc-csi.org/Pakistan.html#tabs-2>>

(73) *Ibid.*

(74) Constitution of Pakistan Article 17 (1) states "*Every Citizen shall have the right to form associations or unions, subject to any reasonable restrictions imposed by law in the interest of Sovereignty or integrity of Pakistan, public order or morality*".

Industrial Relations Act (IRA) (75) and 6 (2) (b) of Provincial Industrial Relations Acts (76), require redundant formalities which create excessive delay in registration of a free and impartial establishment or trade union for workers. The article proscribes any other trade union to be registered in the same establishment or industry if it already has two or more registered trade unions, until and unless it has at least 20 percent of the workers in the same industry or group of industries.

Section 27-B of Banking Companies Ordinance 1962 prohibits that no member or officer of the bank can use office facility such as telephone, car to promote trade union or carrying a weapon at the premises of the bank or carry out any trade union activity during the office hours and only the banking employee can be the office bearer of a banking industry union (77). It further describes that if any person who violates this section shall be guilty of an offense punishable with imprisonment of 3 years, or with fine, or with both.

Moreover, section 18 of Industrial Relations Act 2012 stipulates that a person who has been declared guilty and sentenced to imprisonment for two or more years for committing an offense involving “*moral turpitude under the Pakistan Penal Code*” shall be disqualified from being an office bearer of a trade union, unless a minimum period of five years have been lapsed since his sentence ended (78). Similarly, section 7 of Provincial Relations Acts specifies that a person, who has been convicted of heinous offense under the Pakistan Penal Code, shall be considered unfit for an office bearer of a trade union (79). The newly promulgated Labour Laws authorize the Federal and Provincial governments to disqualify any office bearer of a trade union for an unexpired time period on non-compliance of its orders to stop strike (80). These laws impose restrictions on trade unions to formulate its programmes and activities freely because the section 8 of IRA and common section 6 of all Provincial Relations Acts controls the internal functions of trade unions. Particularly, the subsection 1(j) describes that a trade union should include and specify the time

(75) Industrial Relations Act 2012 Art. 8 (2) (b)

(76) See Punjab Industrial Relations Act (PIRA) 2010 Art. 6 (2) (b); Sindh Industrial Relations Act (SIRA) 2013 Art. 6 (2) (b); Balochistan Industrial Relations Act (BIRA) 2012 Art. 6 (2) (b); Khyber Pakhtunkhwa Industrial Relations Act (KPIRA) 2010 Art. 6 (2) (b).

(77) The Banking Companies Ordinance 1962 Art. 27-B

(78) Industrial Relations Act 2012 Art. 18

(79) See Punjab Industrial Relations Act (PIRA) 2010 Art. 7; Sindh Industrial Relations Act (SIRA) 2013 Art. 7; Balochistan Industrial Relations Act (BIRA) 2012 Art. 7; Khyber Pakhtunkhwa Industrial Relations Act (KPIRA) 2010 Art. 7.

(80) IRA 2012 Art. 44(10); PIRA 2010 Art. 56(7); SIRA 2013 and BIRA 2012 Art. 64(7); KPIRA 2010 Art. 60(7).

of trade union office which should not be more than two years in its constitution and section 1(l) specifies the frequency of meetings of general body and executive body of union (81). Furthermore, the newly formulated law also authorizes the Federal and Provincial Governments to restore the membership of any expelled member of the trade union with compensation as damages. The Industrial Relations Act 2012 prohibited certain sectors from forming or joining a union or holding a trade union office following the previous repressive and retrogressive Industrial Relations Ordinance 1969 (82).

The Eighteenth Constitutional Amendment induces numerous hurdles in the recognition of Collective Bargaining Agents (CBAs) under both Federal and Provincial Industrial Relations Acts. It requires excessive requisites on trade unions in respect of awarding a status of CBA such as the union should have one third of the employees as its members at the establishment or industry to bargain collectively. There is a possibility that employers can bypass the representative of trade unions in the absence of bipartite bodies on fixation of job, transfer of workers, remuneration packages directly with the worker's representatives (83).

The registration process of a trade union is extremely complicated because the trade unions are required to provide a list of its members with the name of employer. The list is then forwarded to employer for verification; mostly employer use delaying tactics including threats, harassment and dismissal from work to discourage the union activities. The formal private sector establishment has adopted a new policy to convert non-management employees' position into management cadre since labour law prohibit officer to carry out trade union activities. Moreover, the process of registering the Trade Union with branches in different province is another unclear area after devolution of labour laws to the provinces. In view of this, the Industrial Relations Ordinance (IRO), 2011 was passed to consolidate the legal system *"relating to the formation of trade union and management relations between employers and workmen in the Islamabad Capital Territory and in Trans-Provincial Establishment and Industry."*

(81) IRA 2012 Art 8; PIRA 2010 Art. 6; SIRA 2013 Art. 6; BIRA 2012 Art. 6; KPIRA 2010 Art. 6.

(82) See supra note discussion 52, 53

(83) See Survey of violation of Trade Unions Rights, online: <<http://survey.ituc-csi.org/Pakistan.html#tabs-2/>>

Additionally, the “*Trans-Provincial Establishment and Industry*” has not been included in the Federal Legislative List of Constitution of Pakistan. The Federal Legislative List only mentions the matters and coordination mechanism within the provinces which is “*altogether different from Trans-Provincial Establishment and Industry*” (84). Thus, a consolidated and comprehensive law is required to address the legal position of trade unions across the provinces because it cannot be acceptable to the trade unions to follow different legislations in any particular province.

The United States (US) Country Report on Human Rights Practices indicated various structural legal problems in Pakistan (85). Trans-Provincial labour laws are unclear and the power and authority on labour related areas have been already transferred to the provinces through the abolition of Concurrent Legislative List (CLL) which had six exclusive labour and employment related entries. The weak enforcement of labour laws shows the political unwillingness and lack of competence. In addition, many workers from several government institutions and export processing zones are prohibited from carrying out a strike and collective bargaining. Accordingly, many labour groups have reported that problems such as violence and freedom of association persist in their establishments (86).

In 2015, International Trade Union Confederation (IUTC) reported on Global Rights Index of World's Worst Countries for workers regarding their fundamental rights, right to bargain, right to strike, right to assemble freely and access to legal process. The report discloses that Pakistan is ranked at bottom with a score of 5 on a scale of 1 to 5 (87). This further states that the government and other companies are seriously engaged in crushing the efforts of collective voice of workers and putting their fundamental rights at threat. During 3rd World Congress in 2014, IUTC reveals that Pakistan is one of the 24 countries who are at risk of “*experiencing a profound failure to guarantee laws that ensure fundamental rights for all workers*” (88).

(84) Industrial Relations Ordinance, 2011, Business Recorder, published on 3rd August, 2011, online: <<http://www.forexpk.com/economicupdates/exclusive-articles/iro-2011.html>>

(85) The US Country Report on Human Practices, 2015 reveals serious structural legal problem on Federal level that Labour Laws are being violated, 2016, online: <<http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/humanrightsreport/index.htm#wrapper>>

(86) Survey of violation of Trade Unions Rights, online: <<http://survey.ituc-csi.org/Pakistan.html#tabs-2>>

(87) *Ibid.*

(88) Human Rights Commission of Pakistan, online” <<http://hrcp-web.org/hrcpweb/wp-content/uploads/2016/04/Labour-2016.pdf>>

In relation to above said violations, three active and two follow-up cases have been registered in ILO's Committee on Freedom of Association against the Government of Pakistan (89). The cases include various serious allegations such as anti-union activities, harassment, and violence on trade union members against employers and government of Pakistan.

B. Occupational health and safety of workers

ILO has formulated more than forty regulations, particularly concerning with the Occupational Health and Safety (OHS) issues. It has three major regulations; The Occupational Safety and Health Convention 1981 No. 155, Promotional Framework for Occupational Health Services Convention 2006 No. 187 and Occupational Health Services Convention 1985 No.161. It is worth mentioning that Pakistan has not so far ratified any of these major conventions on Health and Safety of workers.

Pakistan is an agricultural country comprising a huge amount of informal workers in this sector. A large quantity of pesticides is used for farming which is extremely hazardous to the health and safety of the workers. Recently a report on labour injuries revealed that the percentage of injuries per sector were 49.1 % of workers in the agriculture and fisheries sector, 15.2 % from the construction sector, and 13.3 % from the manufacturing sector (90). Mostly workers from agriculture and other sectors are lacking access to education regarding protective measures, which results in injury and diseases while working in the field. Fire incident in Karachi at Gadani Ship Breaking Yard is one such example where at least 25 people were killed and 58 got injured when the ship's fuel tank exploded on 1st November, 2016 (91). Another devastating fire occurred in a Garment Factory in Baldia, Karachi that resulted in 276 workers death which highlights non-compliance and lack of

(89) ILO, Freedom of Association Cases, online:

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:20060:0::NO::P20060_COUNTRY_ID,P20060_COMPLAINT_STATU_ID:103166,1495810>

(90) Pakistan Bureau of Statistics conduct survey on many issues, Labour Force Survey is also one of them, the said report was published in 2013-2014, online: <<http://www.pbs.gov.pk/content/labour-force-survey-2013-14-annual-report>>

(91) Gadani Ship Breaking yard Industry, Karachi fire incident happened on 1st November, 2016 took 22 labourers died and more than 50 were injured, online: <<https://www.geo.tv/latest/119390-Death-toll-from-blast-at-Gadani-ship-breaking-yard-mounts-to-16>>

labour inspection (92). Such incidents indicate the authority's unwillingness and inability to comply with the OHS laws and standards as assured in the constitution.

Nevertheless, the Factories Act of 1934 specifies that factory managers must inform labour department about any mishap or accident but the factory managers and authorities consistently neglect to inform the department. Pakistan has ratified the ILO Convention No. 81 on Labour Inspection which requires regular labour inspection under the supervision of a central authority to secure and enforce legal provisions concerning the protection of labour's health and safety (93). The media generally covers major industrial accidents; however, individual industrial accidents are often not reported. There is no reliable source available to the public regarding industrial incidents except media in the country. Though, the Provincial Labour Departments have their own labour inspection system but they lack proper inspection and documentation and their reports are not shared with stakeholders. The Industrial establishments deliberately conceal such issues from public. The following table provides a glimpse of industrial accidents during the year 2015.

(92) A garment factory is situated in Karachi caught fire in 2012. The fire is considered to be the most devastating fire in the history of the country which resulted about 276 workers dead and 600 workers dead, online: <<http://tribune.com.pk/story/954524/baldia-factory-fire-three-years-as-many-reports-and-the-trial-goes-on/>>

(93) ILO Labour Inspection Convention, 1947 (No. 81)

Table 5. Industrial Accidents in 2015

Sr. No	Nature of Accidents	Date	Place	Deaths	Injured
1.	Electrocution	January	Coalmine, Mach, Bolan	1	-
2.	Mine Collapse	January	Marble mine, FATA	12	-
3.	Boiler Blast	January	Landhi, Karachi	-	2
4.	Coal Mine Blast	January	Kalaya, Shangla	6	10
5.	Mine collapse	January	Mohmand Agency	18	-
6.	Mine gas explosion	February	Dukky, Loralai	8	14
7.	Boiler Blast	February	Mirpurkhas	-	3
8.	Boiler Blast	March	Baldia, Karachi	2	1
9.	Gas Inhalation	April	Korangi, Karachi	6	-
10.	Boiler Blast	May	SITE, Karachi	-	18
11.	Quarry rock roll over	June	Gypsum mine, Lucky banda, Karak	1	-
12.	Gas Inhalation	August	Muzaffargarh	4	-
13.	Factory building collapse	September	Multan	4	18
14.	Boiler Blast	November	Gujranwala	-	3
15.	Factory collapse	November	Lahore	53	100
16.	Boiler Blast	November	Lahore	5	-
17.	Coal mine blast	November	Quetta	-	3

Source: <<http://hrp-web.org/hrpweb/wp-content/uploads/2016/04/Labour-2016.pdf>> (accessed on 15-12-2016)

The discussion and the statistical data on industrial accidents shown in Table 5 affirm the inability and non-compliance of Federal and Provincial Governments on labour laws and international conventions. The labour department is undermining the labour inspection which is against ILO convention. The current legal system covers only registered factories and shops, neglecting the informal sectors, such as the agricultural and service sectors, from the inspection mechanism perspective. The Provincial Labour Department is responsible for bringing such industrial incidents into the

record under Provincial Health & Safety Act particularly after 18th amendment. But the reports are not published regularly and distributed among stakeholders due to poor governance and ineffective functioning of labour inspection system.

C. Women workforce participation in labour unions

Women's participation in the global economy has enlarged their precariousness and vulnerability which is highest in South Asia because it has highest vulnerable employment rate around the globe at 84.5% for women and 74.8% for men (94). The status of women in Pakistan is not different from rest of South Asia; the contribution of women is fewer in all spheres of life particularly politics, economy and trade unions. Gender Development Index (GDI) observes the country's performance focusing on specific indicators, which involve life expectancy, living standards, level of income and education. In this index, Pakistan is ranked 147th out of 161 countries in the world (95). In addition, measuring Gender Empowerment in terms of evaluating Gender Equality in Decision Making on social, economic and political issues, Pakistan has been ranked 71st out of 88 countries. As a matter of fact mostly women work as an unpaid worker for their family; therefore, their participation in the economy is limited and unrecognized (96). Meanwhile, the participation of female labour force in Pakistan has increased from 9.8 % in 1999-2000 to 15.5 % in 2010 (97). Although the Articles 25 and 38 of the Constitution of Pakistan clearly mention that state is responsible to provide equal opportunities for the well-being of the citizens without discrimination on the basis of sex, creed or race (98).

(94) Gender Parity in Pakistan (TGP) Project, ILO Country Office for Pakistan, Islamabad. ILO, Social Protection Floor: For A Fair Globalization. Report by Advisory Group Chaired by Michelle Bachelet, Convened by the ILO with Collaboration of the WHO, 2011, Geneva, Switzerland.

(95) United Nation Development Projects observes the status of its member states by particularly focusing on some important issues such as, women empowerment, education, life expectancy and income level and rank the members states on their performance, Pakistan has been ranked as 147th country out of 161th members countries, online: <<http://hdr.undp.org/en/composite/GDI>>; T. Javed, *Understanding the Labour Issues in Pakistan*, Pakistan Institute of Legislative Development and Transparency, 2006, p. 18.

(96) T. Javed, *Understanding the Labour Issues in Pakistan*, Pakistan Institute of Legislative Development and Transparency, Karachi, 2006, p.18.

(97) ILO survey report on Labour Force Survey, 2009-2010.

(98) The Constitution of Pakistan, 1973 Art. 25 and 38

Moreover, the Government of Pakistan has ratified two important conventions; 1) Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100); 2) Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111). Both conventions require the application of these conventions in letter and spirit by the ratifying states. Convention 100 laid down the principles of equal remuneration for workers regardless their gender. Similarly, it obligates the ratifying states and other authorities to include the standards in national laws to determine their wage and written agreement between employer and employee and to ensure the application of all legal principles of equal remuneration for men and women workers for the equal level of work (99). Whereas, the convention on Discrimination (Employment and Occupation) Convention 1958 (No. 111) specifies “*discrimination as any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation*” (100) The article discusses the discrimination related to the right to receive vocational training, access to employment and in certain occupations and also terms and conditions related to employment. The convention requires the ratifying states to include these clauses and declare a national policy in order to provide equal opportunity and treatment for any specific employment and occupation. The main purpose of these conventions is to eradicate discrimination through cooperation between employers and employees by providing them educational training programmes.

The country has introduced various labour laws to ensure the guarantees provided in the Constitution of Pakistan and application of ILO convention on equal remuneration for women and men from time to time. In order to comply with the fundamental rights, ‘Factories Act 1934’ was promulgated. The Act contains provisions about medical care, working condition, rest interval, health and safety, overtime, holiday, child labour and working hours for men and women. Moreover, “Maternity Benefits Ordinance, 1958” was formulated which is generally applicable to formal industries.

(99) ILO Convention on Equal Remuneration, 1951 (No. 100); online: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312245:NO>

(100) ILO Convention on Discrimination (Employment and Occupation) 1958, (No. 111) article 1(a).

Commercial establishments are increasing day by day and employing more and more female workers but their employment terms do not cover the benefits which they are entitled by law otherwise. The benefits are only available for regular employees of such industrial establishments. A large number of female workers are employed in Transport Sector as receptionists, attendants, clerks, bus hostess, and supervisors but they are not given their legal privileges such as maternity benefits, exemption from odd duty hours (night duty), separate washrooms and dining place etc. due to weak legislation and lack of provisions on such issues under "Road Transport Workers Ordinance, 1961" (101). Social Security and Old age benefits are only restricted to permanent employees of such commercial establishments. However, most of the female workers are employed for the short period and as home-based workers where these laws do not apply. The informal and home-based workers are also not covered by Social Security and old-age benefits from Workers Welfare Fund (WWF) (102) because this merely covers the permanent workers. The Labour Laws of Pakistan do not allow gender discrimination in pursuance of employment, wage and profession; however, interpretation and practice of such laws lead to indirect gender discrimination. The significant example is agriculture sector, which is employing 54% of women labour force in the country but this sector is neglected in terms of scope and protection under labour laws (103).

The country's total labour workforce is about 61 million out of which half of the population consists of Female Labour Force, whereas the role of the female labour force in the Labour Market is much less as compared to other countries (104). According to the Government's recent Survey Report (105), the percentage of women in the workforce has raised to 17 % in the recent years. However, their wages, working conditions and benefits of social protection are far from satisfactory level. They are victim of discrimination in the payment of wages. The principle of "*Equal Pay for Equal Work*" as laid down in ILO Convention No. 100 ratified by the Government of Pakistan is

(101) Road Transport Workers Ordinance, 1961 of Pakistan

(102) The Federal Government established Workers Welfare Fund (WWF) in 1971 under "Workers Welfare Fund Ordinance 1971" with the initial contribution of PKR 100 (million) to provide housing and other facilities to industrial labour on subsidized rates.

(103) Pakistan Bureau of Statistics, Labour Force Survey, 2014.

(104) Government of Pakistan, Labour Force Survey, 2009-2010.

(105) Pakistan Bureau of Statistics, Annual report, 2015

not respected in its true spirit (106). They are subjected to lower wages, hazardous working conditions and deficit of social protection on account of a lack of organization and precarious job situation. They are also subjected to the “*Glass Ceiling*” that does not allow them equal opportunity for advancement in their careers in comparison to their male counterparts.

Most of the women labour force in the country is not educated which is one of the reasons for noncompliance and implementation of provisions for women labour force. For example the “*Standing Order Ordinance 1968*” states, the women workers who are working on a temporary basis should be regularized accordingly. But the industrial exploitation is depriving these women workers from welfare benefits such as maternity benefits, social security, and right to have permanent job.

Despite a huge number of female labour forces (about 15.5% in the country) (107), their participation in the labour union is inadequate. Most of women are employed on temporary and contractual basis and on piece rate. Mainly their job is concentrated in informal and home based sector where health, safety and working conditions are not suitable for them. Also, Labour laws, social security and maternity benefits cover only formal sectors. They also neglect agriculture sector from the scope and protection of labour laws which employs 54 % women of its labour force (108). Mostly female labourers believe that if they become a member of trade union, they will be harassed or sacked by the management. They also believe that trade unions are not helpful in any case therefore, it is better not to be a member of any trade union because of their sole breadwinner status in the family. Overall the reason for low participation of women labour force in trade unions is low job growth, low education and lack of skills. Gender discrimination is also one of the reasons for not participating in the trade unions.

It is, therefore, necessary to educate women labour force and trade unions about their legal rights as enumerated in the Constitution of Pakistan. Trade unions and civil society should come forward to raise this issue and stand beside the women workers and trade unions. Women workers should be encouraged to be a member of trade unions to fight for their right to freedom of association and bargain collectively against exploitation and for their legal rights.

(106) K. Ahmed, *Labour Movement in Pakistan Past and Present*, 2nd Edition, Institute of Workers Education and Labour Studies, October, 2011, Lahore, Pakistan, p.118.

(107) Pakistan Bureau of Statistics, Labour Force Survey 2014-15.

(108) *Ibid.*

5. Conclusion

The Constitution of Pakistan promises equal rights for men and women in relation to employment, wages, and occupation. The National Policies also reflect these constitutional commitments in adopting and respecting the international obligations and human rights. The country has ratified 36 ILO conventions including 8 core conventions and has incorporated most of these clauses in its national and provincial policies. The constitution uses legislation to ensure the fundamental rights of liberty and security of life of workers and right to form association or union and to become a part of such unions. The constitution prohibits slavery and forced or bonded labour. The state has the utmost responsibility to scrutinize and settle the contradictions between any laws and customs that are contrary to the fundamental rights enumerated in the constitution. This study explores many issues including the pre- and post-independence evolution of Labour Unions and Labour Laws in Pakistan, but three topics are particularly discussed i) Trade Unions status and Labour rights; ii) Occupational Health and Safety of workers; and iii) Women workforce participation in trade unions.

The history of Pakistan reveals that labour laws change with a change of government. The discussion also reveals that most of the governments, especially the military governments, had passed anti-labour laws prohibiting the formation of unions or associations at the workplace. These repressive policies resulted in the violation of fundamental rights. Nevertheless, most of these repressive labour laws were abrogated by the democratic government of 2008. The historic 18th amendment was an attempt to ensure further provincial autonomy. Consequently, the Concurrent Legislative List was abolished and many subjects including Labour were devolved to the provinces⁽¹⁰⁹⁾. Pursuant to the 18th Amendment, the provinces enacted their own labour laws. The provincial laws are mostly exploitive and anti-labour thus, the current labour laws are not sufficiently addressing the fundamental labour rights as promised in the constitution and international covenants. The Government of Pakistan should recognize that the constitutional amendments have not resulted in protecting guaranteed rights as promised in ILO Conventions. Essential measures are required to be taken to secure Pakistani workers from exploitation. Currently, the biggest challenge for Pakistan is 18th amendment which devolves this subject to the provinces. Therefore, first of all, the Federal government should ensure that the provinces are framing laws

(109) See supra note discussion at 57

according to international commitments and ILO conventions and secondly its implementation in true sense. Since the Federal Government is the member of ILO, not the provinces, therefore, the responsibility lies upon the Federal Government to save the workers from anti-labour laws.

Although, Pakistan has ratified the ILO Convention No 100 on "*Equal Pay for Equal Work*", but the country has been unable to ensure the same opportunity to women workers as available to their male counterparts. Furthermore, these factors, such as "*Protection of Family*" and "*Inhumane conditions for women and children's*," have also lessened the women representation in trade unions. The participation of women labour force is increasing day by day, therefore, the policies should focus on their smooth and comfortable entry in the business cycle. The main reason of less participation of women workers in trade unions is lack of knowledge of labour laws, lack of skills and low literacy rate. Women workers should be educated through different seminars on their right of freedom of association and bargain collectively to raise their voice against exploitation and their legal rights.

Pakistan is yet to ratify the most important conventions of ILO on the Occupational Health and Safety of Workers which has resulted in the exposure of safety related issues. For example, the failure of proper industrial inspection and monitoring under Factories Act 1934 resulted in a recent devastating fire incident at Gadani Ship Breaking yard, Karachi which took away 25 lives and Baldia Factory in Karachi taking away 276 important lives (110). The provincial governments should ensure thorough industrial inspection and ensure access to industrial accidents data on their website for the stakeholders. Pakistan needs to ratify these important ILO Conventions on Health and Safety of workers and establish a strong mechanism for the proper implementation and monitoring of such laws.

Thus, Federal Government should develop a broad policy framework taking into account the ILO Conventions and Constitutional provisions to guide provinces in promulgating their labour laws. Furthermore, the Federal government should develop coordination with provinces to provide necessary guidelines that provincial labour laws represent the international commitments and adherence to the constitution. The tripartite labour conference should be held regularly to ensure the viability and concordance of laws with all stakeholders.

(110) See supra note discussion at 92, 93

The Supreme Court Pakistan has the jurisdiction to revisit and interpret the labour laws which can play a pivotal role in protecting labour rights. The Court can save labour rights and ensure their proper implementation as stipulated and envisaged in the Constitution of Pakistan by using its jurisdictional power.

References

- Aggrawal M., *Industrial Policy of British in India*, online: <<http://www.historydiscussion.net/british-india/useful-notes-on-the-industrial-policy-of-british-in-india/646>>.
- Ahmed I., *Labour and Employment Law. A Profile on Pakistan*, 2010, online: http://www.wageindicator.org/main/documents/Labour_and_Employment_Law-A_Profile_on_Pakistan.pdf.
- K. Ahmed, *Labour Movement in Pakistan Past and Present*, 2nd Edition, 2011, Institute of Workers Education and Labour Studies, Lahore, Pakistan, p. 110-111.
- Almeida C., *Pakistan empowers its provinces*, *Federations: Forum of Federations*, December 2010-January 2011.
- Amjad A., *Labour Legislation and Trade unions in India and Pakistan*, Oxford University Press, Karachi, Pakistan, 2001.
- Bawa R. - Hashmi W., *Labour Unionization in Pakistan- History and Trends* *Pakistaniaat, A Journal of Pakistani Studies*, 2010, vol. 2, p. 1 ss.
- Candland C., *The Politics of Labour in a Global Age: Continuity and Change in Late-industrializing and Post-socialist Economics.*, Chapter 3. *The cost of Incorporation: Labour Institutions Industrial Restructuring and new Trade Union Strategies in India and Pakistan*, Oxford University Press Inc., New York, 2001, p.70 ss.
- Furqan M., *Protecting Pakistani Labourers Post-Eighteenth Amendment: Recognizing Rights after the Devolution of Power*, *Loyola University Chicago International Law Review*, USA, 2012, p. 269 ss.
- Ghayur S., *Evolution of the Industrial Relations System in Pakistan*, Cornell University ILR School, DigitalCommons@ILR, 2009, p. 13.
- Hisam Z., *Struggle without end: Industrial Relations and Labour Rights in Pakistan*, Centre for Democratic Governance, The Network for Consumer Protection, Islamabad, 2004, p. 12 ss.
- Javed Burki S., *The 18th Amendment: Pakistan's Constitution Redesigned*, Institute of South Asian Studies, Working Paper No 112, September 2010.
- Javed T., *Understanding the Labour Issues in Pakistan*, Pakistan Institute of Legislative Development and Transparency, Karachi, 2006, p.18.
- Kaul C., *From Empire to Independence: The British Raj in India (1857-1947)*, online: http://www.bbc.co.uk/history/british/modern/independence1947_01.shtml.
- Losovsky A., *The World's Trade Union Movement, The Trade Union Educational League*, Chicago, USA 1924, p. 9 ss.
- Malik I., *The History of Pakistan*, Greenwood Press, 2008, p.175
- Mukhtar A., *Centre's Move to Enact Labour Laws Seen as Trespass*, *Dawn Newspaper*, 30th May, 2011, <http://www.dawn.com/2011/05/30/centers-move-to-enact-parallel-labour-laws-seen-as-trespass.html>
- Niaz Mohiuddin Y., *Pakistan: A Global Studies Handbook*, ABC-CLIO, 2007.
- Shadab A., *President Signs Services Tribunal Amendment Bill*, *The Critical BLOG*, 5th March. 2010, <http://criticalppp.com/archives/6755>.

- Shaukat Z., *The devolved course: Constitutional Reforms and status of Implementation of Labour provisions*, Pakistan Institute of Labour Education and Research (PILER), 2011, p. 91.
- Siddique O., *Pakistan's Experience with Formal Law*, Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press, 2013, p. 53 ss.;
- Wexels-Riser N., *National Labour Profile: Islamic Republic of Pakistan*, 2004, online: <http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_158916/lang--en/index.htm> (at p.1).
- Whitley J.H., *The Report of the Royal Commission on Labour in India*, 1931.
- Yaseen Z. – Ahmed A. – Mahmood T., *Hypothetical Political System of Martial Laws: A case of General Zia ul Haq*, *Journal of Punjab University Historical Society*, Lahore, Pakistan, 2016, p. 122.