

Luca Failla e Paola Salazar  
Failla & Partners Studio Legale

# Le istruzioni del Garante privacy sul decreto Trasparenza

**A** distanza di sei mesi dall'entrata in vigore del Decreto Trasparenza (D.Lgs. n. 104/2022 in vigore dal 13 agosto 2022, emanato in attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea), il Garante della Privacy è intervenuto con una propria nota e un allegato documento tecnico (Newsletter 24 gennaio 2023) per chiarire alcuni dubbi applicativi e interpretativi connessi all'obbligo di informativa coinvolgente i sistemi automatizzati<sup>[1]</sup>.

Come noto, l'art. 1bis aggiunto dal decreto al D.Lgs. n. 152/1997 stabilisce l'obbligo di fornire al lavoratore – prima dell'inizio della prestazione lavorativa ovvero durante la stessa, in caso di modifiche del rapporto – specifiche informazioni tecniche connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa. Tale obbligo trova applicazione al datore di lavoro privato e pubblico ed anche al committente nell'ambito dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (quelli etero-organizzati di cui all'art. 2 D.Lgs. n. 81/2015 e quelli previsti dall'art. 409 n. 3 c.p.c.). Non trova, invece, applicazione in caso di informazioni rientranti nell'am-

Le istruzioni applicative introdotte dal Garante privacy, seppure utili per chiarire alcuni aspetti tecnici della nuova disciplina introdotta dal decreto trasparenza, non appaiono tuttavia sufficienti per indirizzare adeguatamente gli operatori

bito dei segreti commerciali di cui all'art. 98 del Codice della proprietà intellettuale (D.Lgs. n. 30/2005)<sup>[2]</sup>.

La legge, facendo salvi gli obblighi e la tipologia di informative rientranti nel campo di applicazione della disciplina dei controlli a distanza di cui all'art. 4 Legge n. 300/1970 stabilisce, infatti, che il datore di lavoro è tenuto a rilasciare in fase di instaurazione del rapporto di lavoro (ed entro 24 ore nel caso di modifiche che intervengano in costanza di rapporto di lavoro) una specifica informativa legata in modo specifico all'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, quando questi siano deputati a fornire, nell'ambito del rapporto di lavoro, indicazioni ai fini:

- > dell'assunzione;
- > del conferimento dell'incarico;
- > della gestione del rapporto di lavoro;
- > della cessazione del rapporto di lavoro;
- > dell'assegnazione di compiti o mansioni.

Nonché indicazioni incidenti su:

1. Per un approfondimento sulle novità si rimanda a Luca Failla e Paola Salazar, *Decreto trasparenza: obblighi e trattamento dei dati personali*, Guida al Lavoro n. 40/2022.

2. [Art. 98 D.Lgs. n. 30/2005

1. Per segreti commerciali si intendono le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni:

a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore;

b) abbiano valore economico in quanto segrete;

c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete.

2. Costituiscono altresì oggetto di protezione i dati relativi a prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di nuove sostanze chimiche.]

- › Sorveglianza
- › Valutazione
- › Prestazioni
- › Adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Chi scrive ha già espresso alcuni dubbi e alcune perplessità sulla portata organizzativa, tecnica e pratica di tale nuovo obbligo<sup>3]</sup>, che costituisce peraltro una novità tutta italiana, non essendo previsto dalla Direttiva di cui il D.Lgs. n. 104/2022 costituisce attuazione. Dubbi che le istruzioni diramate dal Ministero del Lavoro con la propria circolare n. 19/2022 hanno ulteriormente amplificato. Le istruzioni applicative introdotte ora dal Garante, seppure utili per chiarire alcuni aspetti tecnici della nuova disciplina, non appaiono tuttavia sufficienti per indirizzare adeguatamente gli operatori. Segno della consapevolezza, in tutti i settori ed anche in ambito istituzionale, della complessità di una disciplina e di un adempimento che probabilmente in fase di approvazione del decreto – come ahimè spesso succede – non sono stati percepiti in tutta la loro portata.

### Il contesto

Il Garante della Privacy, nella consapevolezza di dover dare alcune indicazioni pratiche connesse all'entrata in vigore della nuova disciplina, ha elaborato uno specifico allegato finalizzato a dare espressione all'esigenza di coordinamento tra le regole in materia di protezione dei dati personali e le nuove modalità di gestione del rapporto di lavoro. Quelle modalità di gestione del rapporto di lavoro che con l'ausilio della tecnologia e dell'Intelligenza Artificiale si stanno diffondendo anche oltre la stretta applicazione al mondo del lavoro attraverso piattaforma. Quello che il probabilmente il legislatore aveva in mente quando ha emanato il decreto.

Il Garante interviene pertanto anche tenendo conto di quanto espresso dal Ministero del Lavoro nella propria circolare interpretativa (la n. 19/2022). Il Ministero, nell'esemplificare i casi in cui possono trovare applicazione i nuovi obblighi informativi, enumera una serie di strumenti e tecnologie, quali, ad esempio, "software per il riconoscimento emotivo", "strumenti di data analytics o machine learning, rete neurali, deep-learning", nonché "sistemi per il riconoscimento facciale, sistemi di rating e ranking", che, specie se

impiegati nel contesto lavorativo, determinano un elevato livello di rischio per i diritti e le libertà degli interessati in quanto sono oggetto di specifica tutela nell'ambito del sistema di protezione dei dati personali di cui il Regolamento n. 679/2016 (GDPR) è concreta espressione. La complessità tecnico-pratica di questo ambito, unitamente alla necessità di reinterpretare con l'uso delle nuove tecnologie il principio del bilanciamento degli interessi alla base della disciplina sui limiti del controllo a distanza contenuta nell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, forniscono al Garante l'occasione per riaffermare la portata di alcuni principi e per iniziare a dirimere alcuni dubbi interpretativi, ma senza carattere di completezza.

Completezza che di fatto è impossibile raggiungere in questo ambito, considerato che si tratta di materia in continua evoluzione. Infatti, il Parlamento europeo ha da poco approvato il progetto di mandato negoziale che lo porterà a discutere con i Governi UE le misure per migliorare le condizioni dei lavoratori attraverso piattaforma, avviando così i negoziati sulla proposta di Direttiva **A9-0301/2022**. Un importante passo dell'Unione europea verso la protezione del lavoro attraverso piattaforma in ragione delle importanti implicazioni di natura etica che stanno nascendo in questa materia che pongono – diremmo fortunatamente – i paesi europei in una posizione istituzionale di forza sul fronte della riflessione a livello internazionale, proprio grazie alle regole e ai principi espressi nel GDPR.

### Le istruzioni del Garante

È in questo scenario che possiamo iniziare a valutare le istruzioni del Garante sul Decreto Trasparenza.

Il primo aspetto ad emergere è che nel quadro del Regolamento, che ha previsto garanzie generali e uniformi su tutto il territorio dell'Unione europea in materia di trattamento di dati personali, la disciplina posta dal Decreto Trasparenza, che trova applicazione sia qualora il trattamento dei dati venga effettuato in fase pre-assuntiva sia nel caso in cui venga posto in essere in costanza di rapporto di lavoro, può essere considerata una disciplina più specifica e di maggior tutela per gli interessati nel contesto lavorativo, coerentemente con i principi dell'art. 88 GDPR. Il Decreto, in pratica, a parere del Garante introduce, a li-

3. V. Luca Failla e Paola Salazar, *Decreto trasparenza: obblighi e trattamento dei dati personali*, cit.

vello nazionale, misure più appropriate e specifiche, con riferimento all'attuazione, nel contesto lavorativo, del *principio di trasparenza* e *garanzie determinate* in caso di impiego di sistemi decisionali o di monitoraggio nell'ambito dei rapporti di lavoro.

Partendo dall'**oggetto dell'informativa**, ossia da quanto previsto nell'art. 1-bis, c. 4, del D. Lgs. n. 152/1997 il quale prevede che *"Il datore di lavoro o il committente sono tenuti a integrare l'informativa con le istruzioni per il lavoratore in merito alla sicurezza dei dati e l'aggiornamento del registro dei trattamenti riguardanti le attività di cui al comma 1, incluse le attività di sorveglianza e monitoraggio"*, il Garante opera innanzitutto una distinzione e identifica da un lato una serie di nuovi obblighi e, dall'altro gli ambiti della nuova informativa che possono rientrare nell'ambito della disciplina già prevista dal GDPR in materia di Informativa (artt. 13 e 14 Reg. n. 679/2016) specificandone il coordinamento con la disciplina già in vigore.

Il Garante, infatti, specifica che tra le informazioni ulteriori che il datore di lavoro, in qualità di titolare del trattamento, deve fornire all'interessato in caso di utilizzo di sistemi automatizzati rientrano:

- › gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l'utilizzo dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati;
- › il funzionamento dei sistemi;
- › i parametri principali utilizzati per programmare o addestrare i sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni;
- › le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità;
- › il livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse.

Tra gli elementi che, invece, specificano la portata di quanto già compreso negli artt. 13 e 14 Reg. n. 679/2016, rientrano:

- › la logica dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, la cui indicazione, nell'impianto degli artt. 13 e 14, è espressamente richiesta nel caso di ricorso ai processi decisionali automatizzati, compresa la profilazione, di cui all'art. 22 del Regolamento;
- › l'indicazione delle categorie di dati trattati, che nel

Regolamento è specificamente prevista solo qualora i dati oggetto di trattamento non siano ottenuti presso l'interessato (art. 14, par. 1, lett. d), del Regolamento).

Poiché la nuova disciplina integra – come abbiamo visto – la disciplina già esistente nel quadro dei principi dell'art. 88 Reg. n. 679/2016, il Garante specifica che, in applicazione del principio di liceità, correttezza e trasparenza (artt. 5, par. 1, lett. a), del Regolamento) – anche per evitare la frammentazione delle informazioni destinate agli interessati e nella prospettiva di una semplificazione degli adempimenti richiesti al datore di lavoro – il modo più utile per fornire al lavoratore tutte le informazioni secondo i criteri introdotti dall'art. 1bis D.Lgs. n. 152/1997 - introdotto dal D.Lgs. n. 104/2022 - ossia in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro (v. art. 12 del Regolamento), nonché, come previsto dal comma 6 dell'art. 1-bis D.Lgs. n. 152/1977 *"in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico"*, sia quello caratterizzato dalla **integrazione dell'Informativa generale** che il datore di lavoro ha già l'obbligo di rilasciare al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro ai sensi degli artt. 13 e 14 Reg. Propriamente il Garante precisa che *"le specifiche informazioni sui sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati possono (ed è raccomandabile che ciò avvenga) essere fornite congiuntamente (quindi nello stesso documento) alle informazioni di cui agli artt. 13 e 14 del Regolamento"*.

Il Garante è poi consapevole dell'indeterminatezza e genericità della locuzione contenuta nel decreto che ne mette a rischio il concreto adempimento da parte delle aziende. precisa che occorre che il titolare del trattamento verifichi la sussistenza di un idoneo presupposto di liceità (cfr. artt. 5, par. 1, lett. a) e 6 del Regolamento) prima di effettuare trattamenti di dati personali dei lavoratori attraverso sistemi automatizzati. È quindi il richiamo ai principi generali di liceità del trattamento che poi guida l'analisi dei sistemi – **la valutazione d'impatto ai sensi dell'art. 35 Reg.** - e l'elaborazione dell'Informativa integrata. Analisi particolarmente complessa che – peraltro – la maggior parte delle aziende che svolgono la loro attività attraverso sistemi automatizzati di gestione dei dati è già tenuta a fare (art. 25 Reg. n. 679/2016). In particolare, dovrà essere rispettato il principio della **"protezione dei dati fin dalla progettazione"** (art. 25, par. 1, del

Regolamento – **privacy by design**) mediante l'adozione di misure tecniche e organizzative adeguate ad attuare i principi di protezione dei dati (art. 5 del Regolamento) integrando nel trattamento le necessarie garanzie per soddisfare i requisiti del Regolamento e tutelare i diritti e le libertà degli interessati. Il trattamento dovrà essere, inoltre, conforme al principio della “**protezione dei dati per impostazione predefinita**” (art. 25, par. 2, del Regolamento **privacy by default**) ponendo in essere scelte tali da garantire che venga effettuato, per impostazione predefinita, solo il trattamento strettamente necessario per conseguire una specifica e lecita finalità<sup>4</sup>.

Il titolare, nel verificare la sussistenza dell'obbligo di procedere ad una **valutazione di impatto** deve tenere conto delle indicazioni fornite anche a livello europeo. Sul punto in particolare il Garante ricorda che si dovrà prestare attenzione:

- › alla particolare “vulnerabilità” degli interessati nel contesto lavorativo (cfr. considerando 75 e art. 88 del Regolamento e le “Linee guida concernenti la valutazione di impatto sulla protezione dei dati nonché i criteri per stabilire se un trattamento “possa presentare un rischio elevato” ai sensi del Regolamento 2016/679”, WP 248 del 4 aprile 2017, che, tra le categorie di interessati vulnerabili, menziona espressamente “i dipendenti”);
- › al fatto che l'impiego nell'ambito lavorativo di sistemi che comportano il “monitoraggio sistematico”, inteso come “trattamento utilizzato per osservare, monitorare o controllare gli interessati, ivi inclusi i dati raccolti tramite reti” (cfr. criterio n. 3 indicato nelle Linee guida, cit., ma vedi anche criteri 4 e 7), può presentare rischi, in termini di possibile monitoraggio dell'attività dei dipendenti (cfr. artt. 35 e 88, par. 2, del Regolamento v. anche Prov. del Garante dell'11 ottobre 2018, n. 467, doc. web n. 9058979, all. n. 1, che espressamente menziona i “trattamenti effettuati nell'ambito del rapporto di lavoro mediante sistemi tecnologici [...] dai quali derivi la possibilità di effettuare un controllo a distanza dell'attività dei dipendenti”).

Considerato l'ambito di applicazione oggettivo del Decreto, possono, peraltro, venire in rilievo anche altri dei criteri individuati dal Comitato europeo per la

protezione dei dati, ai fini della valutazione dell'obbligo di redigere una valutazione d'impatto:

- › valutazione o assegnazione di un punteggio;
- › processo decisionale automatizzato che ha effetto giuridico o incide in modo analogo significativamente;
- › trattamento di dati su larga scala;
- › creazione di corrispondenze o combinazione di insiemi di dati;
- › uso innovativo o applicazione di nuove soluzioni tecnologiche od organizzative;
- › trattamento che impedisce agli interessati di esercitare un diritto o di avvalersi di un servizio o di un contratto.

Il Garante ricorda a tal fine che, nella maggior parte dei casi, un titolare del trattamento può considerare che un trattamento che soddisfi almeno due dei criteri indicati debba formare oggetto di una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e che maggiore è il numero di criteri soddisfatti dal trattamento, più è probabile che si configuri un rischio elevato per i diritti e le libertà degli interessati e, di conseguenza, che sia necessario realizzare una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati.

Resta in ogni caso fermo che la redazione di una **valutazione d'impatto** è **sempre obbligatoria** allorché si faccia ricorso a “una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche” (art. 35, par. 3, lett. a), del Regolamento).

Non solo, dovrà essere sempre verificata la sussistenza dei presupposti di liceità stabiliti dall'art. 4 della L. 20 maggio 1970, n. 300, cui fa rinvio l'art. 114 del Codice Privacy – D.Lgs. n. 196/2003 - nonché il rispetto delle disposizioni che vietano al datore di lavoro di acquisire e comunque trattare informazioni e fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore o comunque afferenti alla sua sfera privata (art. 8 della l. 20 maggio 1970, n. 300 e art. 10 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, cui fa rinvio l'art. 113 del Codice). In pratica, il Garante ricorda che gli artt. 113 e 114 del Codice sono consi-

<sup>4</sup> cfr. “Linee guida 4/2019 sull'articolo 25 Protezione dei dati fin dalla progettazione e per impostazione predefinita”, adottate il 20 ottobre 2020 dal Comitato europeo per la protezione dei dati, spec. punti 42, 44 e 49.

derati, nell'ordinamento italiano, quali disposizioni più specifiche e di maggiore garanzia secondo i criteri di cui all'art. 88 del Regolamento. La loro osservanza costituisce una condizione di liceità del trattamento e la loro violazione determina l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie ai sensi dell'art. 83, par. 5, lett. d) del Regolamento.

Tali adempimenti sono richiesti anche quando il titolare del trattamento utilizza **sistemi tecnologici realizzati da terzi**. Anzi, in questo caso diventa oltremodo rilevante l'analisi dei rischi al fine di verificare che siano disattivate le funzioni che non hanno una base giuridica, che non siano compatibili con le finalità del trattamento, ovvero si pongano in contrasto con specifiche norme di settore previste dall'ordinamento giuridico.

Quanto, poi al riferimento specifico al registro dei trattamenti (art. 30 Reg.) indicato sempre nella previsione dell'art. 1-bis, c. 4, del Decreto<sup>[5]</sup>, il Garante precisa che il titolare del trattamento non è tenuto a informare gli interessati della predisposizione del registro e di ogni aggiornamento dello stesso. In questo sciogliendo alcuni dubbi interpretativi che erano nati dalla formulazione della norma.

La nota del Garante richiama infine da un lato la salvaguardia del diritto di accesso ai dati da parte degli interessati (art. 16 Reg.) e dall'altro rinvia alla procedura prevista nel caso in cui i sistemi impiegati diano luogo anche a un processo decisionale **unicamente automatizzato, compresa la profilazione**, il quale produca effetti giuridici o che **incida significativamente sull'interessato** (fattispecie comune a molte nuove attività della gig economy). In questi casi, le istruzioni risolvono ricordando che trova applicazione l'art. 22 del Regolamento, che stabilisce le ipotesi in cui il diritto di non essere sottoposto a tali trattamenti può essere derogato e le garanzie specifiche per l'interessato, tra cui, in particolare, il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento e quello di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

## Conclusioni

Appare chiaro, dal tenore delle istruzioni diramate dal Garante che la **corretta valutazione d'impatto** ai sensi dell'art. 35 Reg. sulla protezione dei dati nel rispetto dei principi stabiliti dall'art. 25 Reg. (*privacy by design* e *privacy by default*), costituisce il presupposto per l'efficace gestione di questo adempimento.

Ma appare altresì chiaramente che la semplice integrazione dell'Informativa al lavoratore potrebbe non essere sufficiente a gestire correttamente tutte le complessità tecniche che derivano dall'evoluzione tecnologica in atto, proprio tenendo conto della pervasività ed estensione dei processi e delle attività che utilizzano Intelligenza Artificiale.

Su questo punto è utile tenere conto anche della posizione già espressa dal Gruppo di studio sul Regolamento in fase di entrata in vigore dello stesso (e stiamo parlando ormai di ben cinque anni fa). Il Gruppo ha infatti specificato che il titolare, oltre a fornire le informazioni prescritte agli articoli 13 e 14, dovrebbe dichiarare **in una sede distinta in un linguaggio privo di ambiguità**, quali saranno le principali conseguenze del trattamento, in altre parole, *“quale tipo di effetto sull'interessato, descritto in una dichiarazione/informativa sulla privacy, avrà concretamente il trattamento specifico”*<sup>[6]</sup>.

La liceità del trattamento che deriva dalla necessità di dare esecuzione al rapporto di lavoro (ai sensi dell'art. 6 Reg.) e la salvaguardia derivante dal rispetto degli obblighi di cui all'art. 4 Statuto dei Lavoratori (richiamata dalle nuove disposizioni e dall'art. 1bis D.Lgs. n. 152/1997) potrebbero non essere sufficienti a garantire il titolare in caso di una gestione di questo adempimento per così dire “leggera”, ossia senza l'ausilio di quelle specifiche competenze tecniche e specialistiche che l'evoluzione dell'industria, dell'economia e del mondo che ci circonda stanno mettendo sempre più in evidenza.

Una materia da trattare con grande attenzione pertanto, anche per le potenziali ricadute negative per le aziende che potrebbero sorgere in caso di conflittualità all'interno del rapporto di lavoro. ●

5. Il datore di lavoro o il committente sono tenuti a integrare l'informativa con le istruzioni per il lavoratore in merito alla sicurezza dei dati e l'aggiornamento del registro dei trattamenti riguardanti le attività di cui al comma 1, incluse le attività di sorveglianza e monitoraggio.

6. V. e linee guida sulla trasparenza ai sensi del regolamento 2016/679, WP 206 rev. 01, del 29 novembre 2017, così come emendate il 11 aprile 2018, p. 6-7.