

DISCRIMINAZIONE E PARI OPPORTUNITÀ SUL LUOGO DI LAVORO

Perché monitorare la diversità culturale nella vostra forza lavoro europea non è in contrasto con il GDPR.

Autore: Prof. Lokke Moerel*

Quello che segue è un contributo pubblicato sul blog FPF a firma di Lokke Moerel, professore di diritto ICT globale presso l'Università di Tilburg e avvocato presso Morrison & Foerster (Bruxelles).

Il contributo riflette esclusivamente l'opinione dell'autore. I contributi degli ospiti sul blog non riflettono necessariamente le opinioni di FPF.

“È stato detto che le cifre governano il mondo. Forse. Ma sono sicuro che le cifre ci mostrano se è governato bene o male” – Johann Wolfgang von Goethe.

I. Introduzione

È noto che la discriminazione persiste negli odierni mercati del lavoro¹, nonostante le leggi europee sulla discriminazione e sull'uguaglianza – come la Direttiva sull'Uguaglianza Razziale – vietino specificamente le pratiche che mettono i dipendenti in una posizione di particolare svantaggio in base all'origine razziale o etnica². In un mercato in cui vi è una grave carenza di talenti³, vediamo i dipartimenti delle risorse umane sforzarsi per eliminare la discriminazione sul posto di lavoro e creare una cultura inclusiva al fine di divenire in grado di reclutare e supportare una forza lavoro sempre più diversificata. Ad oggi, molte organizzazioni hanno adottato politiche per promuovere *diversità, equità e*

*Ms. Moerel ringrazia Annabel Gillham, partner di Morrison & Foerster a Londra, per il suo prezioso contributo ad una versione precedente di questo articolo.

¹ Per le statistiche recenti, si veda "A Union of equality: EU anti-racism action plan 2020-2025", https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/a_union_of_equality_eu_action_plan_against_racism_2020_-2025_en.pdf, pag. 2, che fa riferimento a un'ampia gamma di indagini condotte dall'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali (FRA) che evidenziano alti livelli di discriminazione nell'UE, con il livello più alto nel mercato del lavoro (29%), sia per quanto riguarda la ricerca di un lavoro che al lavoro.

² Si veda, in particolare, la Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica ("**Direttiva sull'Uguaglianza Razziale**"), *Official Journal L 180*, 19/07/2000 P. 0022-0026. L'azione per combattere la discriminazione e altri tipi di intolleranza a livello europeo poggia su un quadro giuridico dell'UE consolidato, basato su una serie di disposizioni dei Trattati europei (articoli 2 e 9 del Trattato sull'Unione europea (TUE), articoli 19 e 67(3) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), e sui principi generali di non discriminazione e uguaglianza, ribaditi anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (in particolare, articoli 20 e 21).

³ WEF, *Jobs of Tomorrow, Mapping Opportunity in the New Economy*, Jan. 2020 ("Rapporto WEF"), [WEF_Jobs_of_Tomorrow_2020.pdf](https://www.weforum.org/reports/jobs-of-tomorrow) (weforum.org). Si veda anche qui.

inclusione (DEI) nelle loro organizzazioni ed è sorta la necessità di monitorare e valutare i loro sforzi sul punto.

Senza un adeguato controllo, gli sforzi fatti possono risultare inutili o addirittura controproducenti⁴. Per fare un semplice esempio, è noto che il mentoring informale è un fattore importante per le promozioni interne ed è meno accessibile per le donne e per le minoranze⁵. Le organizzazioni che istituiscono un programma formale di mentoring interno per affrontare questo squilibrio vorrebbero monitorare se il programma attiri le minoranze e se raggiunga il suo obiettivo di promuovere l'equità. In caso contrario, il programma potrebbe involontariamente solo esacerbare le disuguaglianze esistenti. Il controllo è quindi necessario per valutare se il tutoraggio porti effettivamente a promozioni più eque nell'ambito della forza lavoro o se sia necessario apportare modifiche al programma.

La domanda cruciale che i leader aziendali devono porsi è la seguente: Vogliamo realmente aspettare di essere citati in giudizio per scoprire che il nostro record DEI è problematico?

**Harvard Business Review,
luglio 2022**

Le organizzazioni esitano a monitorare queste politiche in Europa sulla base di un mito apparentemente persistente secondo il quale il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati UE 2016/679 (GDPR) vieterebbe tali pratiche. Questo articolo dimostra che in realtà è vero il contrario. Laddove la discriminazione, la mancanza di pari opportunità o l'iniustizia retributiva sul posto di lavoro siano pervasive, il monitoraggio dei dati DEI rappresenta un prerequisito per i datori di lavoro per essere in grado di rispettare le leggi contro

la discriminazione e l'uguaglianza dei dipendenti e di difendersi in maniera appropriata da eventuali pretese⁶.

Per ragioni storiche⁷, la raccolta di dati razziali o etnici è considerata particolarmente sensibile in molti Stati membri dell'UE. Le leggi europee sulla privacy prevedono un regime speciale per la raccolta di

⁴ Per un elenco di esempi di come le politiche di diversità possano fallire: <https://hbr.org/2016/07/why-diversity-programs-fail>. Si veda anche Data-Driven Diversity (hbr.org): "Secondo Iris Bohnet della Harvard Kennedy School, le aziende statunitensi spendono circa 8 miliardi di dollari all'anno per la formazione DEI, ma realizzano ben poco. Non si tratta di un fenomeno nuovo: Un influente studio condotto nel 2006 da Alexandra Kalev, Frank Dobbin ed Erin Kelly ha rilevato che molti programmi di educazione alla diversità hanno portato a un aumento minimo o nullo della rappresentanza di donne e minoranze nel management".

⁵ Le ricerche dimostrano che la mancanza di reti sociali e di tutoraggio e sponsorizzazione è un fattore limitante per la promozione delle donne, ma questo è ancora più forte per la diversità culturale, a causa della mancanza di una "rete sociale di collegamento", una rete che consente connessioni con altri gruppi sociali, vedi Putnam, R.D. (2007) "E Pluribus Unum: Diversity and Community in the Twenty-first Century", *Scandinavian Political Studies*, 30 (2), pp. 137-174. Mentre gli uomini bianchi tendono a trovare mentori da soli, le donne e le minoranze hanno più spesso bisogno dell'aiuto di programmi formali. L'introduzione del mentoring formale mostra risultati reali: <https://hbr.org/2016/07/why-diversity-programs-fail>.

⁶ La citazione è tratta da <https://hbr.org/2022/03/data-driven-diversity>.

⁷ Storicamente, ci sono stati casi di uso improprio dei dati raccolti dagli uffici statistici nazionali (e da altri), con impatti estremamente dannosi per i diritti umani, vedi Luebke, D. & Milton, S. 1994, "Locating the Victim: An Overview of Census-Taking, Tabulation Technology, and Persecution in Nazi Germany". *IEEE Annals of the History of Computing*, Vol. 16 (3). Si veda anche W. Seltzer e M. Anderson, "The dark side of numbers: the role of population data systems in human rights abuses", *Social Research*, Vol. 68, No. 2 (estate 2001); gli autori riferiscono che durante la Seconda guerra mondiale, diversi Paesi europei, tra cui Francia, Germania, Paesi Bassi, Norvegia, Polonia e Romania, abusarono dei sistemi di registrazione della popolazione per favorire la persecuzione nazista di ebrei, zingari e altri gruppi di popolazione. Nei Paesi Bassi la popolazione ebraica ha subito un tasso di mortalità del 73%. Negli Stati Uniti, l'uso improprio dei dati demografici sui nativi americani e sui giapponesi americani durante la Seconda guerra mondiale è ben documentato. Nell'Unione Sovietica, i microdati (compresi

dati sensibili, come quelli che rivelano l'origine razziale o etnica, la disabilità e la religione, sul presupposto che la raccolta e l'elaborazione di tali dati aumenti il rischio di discriminazione.

Tuttavia, quando il contesto razziale o etnico è 'visibile' come un dato di fatto per i reclutatori e i manager, gli individui appartenenti a gruppi minoritari possono essere discriminati senza che sia registrato alcun dato. È, quindi, solo registrando i dati che si può rivelare la potenziale discriminazione in essere e si possono eliminare i pregiudizi dalle pratiche attuate⁸.

L'origine razziale, come il genere, è un dato di fatto... Le registrazioni dei dati etnici dovrebbero quindi essere considerate uno strumento essenziale per raggiungere l'uguaglianza razziale, perché senza di essi sarebbe difficile stabilire la natura o l'entità della disuguaglianza, le aree in cui è più necessario intervenire e se le misure volte a ridurre la disuguaglianza stanno avendo successo.

La Commissione del Regno Unito per l'uguaglianza razziale, 2000

Un problema simile è emerso quando sono stati utilizzati gli strumenti basati sull'intelligenza artificiale (AI). Spesso le notizie ci dicono che l'utilizzo di algoritmi porta a risultati discriminatori⁹. Se gli algoritmi di autoapprendimento discriminano, non è perché c'è un errore nell'algoritmo, ma perché i dati usati per impostare l'algoritmo sono "faziosi". Solo quando è noto quali individui appartengono ai gruppi vulnerabili è possibile rendere trasparenti i pregiudizi nei dati ed impostare correttamente gli algoritmi¹⁰. Anche in questo caso, non è la registrazione dei dati sensibili ad essere sbagliata, ma sono gli esseri umani a discriminare e la

registrazione dei dati rileva questo pregiudizio. Le organizzazioni devono essere consapevoli che il principio di "equità" previsto dal GDPR non può essere raggiunto in modo inconsapevole. In altre parole, **cecità razziale** non è **neutralità razziale**, e **inconsapevolezza** non equivale a **equità**. Il fatto

nomi e indirizzi specifici) sono stati utilizzati per colpire le popolazioni minoritarie per la migrazione forzata e altre violazioni dei diritti umani. In Ruanda, le categorie di tribù Hutu e Tutsi introdotte nel sistema di registrazione dall'amministrazione coloniale belga negli anni '30 sono state utilizzate per pianificare e contribuire alle uccisioni di massa nel 1994.

⁸ La citazione è tratta da Commission for Racial Equality (2000), Why Keep Ethnic Records? Questions and answers for employers and employees (London, Commission for Racial Equality).

⁹ Negli Stati Uniti, ad esempio, gli "strumenti di previsione del crimine" si sono rivelati discriminatori nei confronti delle minoranze etniche. La polizia ha fermato e perquisito un maggior numero di minoranze etniche e, di conseguenza, questo gruppo ha riportato più condanne. Se si utilizzano questi dati per addestrare un algoritmo, quest'ultimo assegnerà un punteggio di rischio più alto a questo gruppo. La discriminazione da parte degli algoritmi è quindi un riflesso della discriminazione già in atto "sul campo", <https://www.cnsnews.com/news/article/barbara-hollingsworth/coalition-predictive-policing-supercharges-discrimination>.

¹⁰ Si veda L. Moerel, "Algorithms can reduce discrimination, but only with proper data", Op-ed IAPP Privacy Perspectives, 16 novembre 2018, <https://iapp.org/news/a/algorithms-can-reduce-discrimination-but-only-with-proper-data/>.

che i dati sensibili possano essere legittimamente raccolti per questi scopi ai sensi della legge Europea sulla protezione dei dati¹¹ è esplicitamente previsto nella proposta di legge sull'IA¹².

Non sorprende quindi che i gruppi di interesse minoritari che rappresentano i gruppi la cui privacy è effettivamente in gioco, sostengano attivamente la raccolta e il controllo di tali dati. Allo stesso modo, l'UE e le istituzioni internazionali considerano inequivocabilmente indispensabile, per combattere la discriminazione, la raccolta di dati DEI per finalità di controllo e reporting. Le istituzioni dell'UE confermano esplicitamente, inoltre, che il GDPR non dovrebbe essere considerato come un ostacolo che impedisce la raccolta di dati DEI, bensì come la norma che stabilisce le condizioni in base alle quali la raccolta e il trattamento di tali dati sono consentiti.

Dal 2024 in poi, le grandi aziende in UE saranno soggette ad obblighi di informativa per la conformità agli standard ambientali, sociali e di governance (**ESG**) ai sensi della prossima Direttiva UE sulla Rendicontazione della Sostenibilità Aziendale (**CSRD**). La CSRD impone alle imprese di riferire in merito agli impatti negativi, effettivi o potenziali, sulla propria forza lavoro per quanto riguarda la parità di trattamento ed opportunità, che sono difficili da valutare se non vengono raccolti e controllati i dati DEI.

Attualmente, la regolamentazione della raccolta e del trattamento dei dati DEI è affidata principalmente agli Stati membri. Le norme antidiscriminazione e sull'uguaglianza dell'UE non impongono alle organizzazioni l'obbligo di raccogliere i dati DEI per finalità di monitoraggio, ma neppure vietano di raccogliergli. In assenza di un requisito o di un divieto specifico, il trattamento dei dati DEI è regolato dal GDPR. Il GDPR prevede ampi poteri discrezionali per gli Stati membri, che possono prevedere basi giuridiche nelle loro leggi nazionali per il trattamento dei dati DEI a fini del monitoraggio. Tuttavia, la maggior parte degli Stati membri **non** ha sfruttato l'opportunità offerta dal GDPR di prevedere una base giuridica specifica nelle proprie legislazioni nazionali per il trattamento dei dati razziali o etnici a fini di monitoraggio (con notevoli eccezioni)¹³. Di conseguenza, la raccolta e il trattamento dei dati DEI per

^{11 11} Si veda anche la guida dell'Information Commissioner (ICO) del Regno Unito sull'IA e la protezione dei dati, *Guidance on AI and data protection* | ICO. In precedenti pubblicazioni ho sostenuto che il regime specifico per il trattamento dei dati sensibili previsto dal GDPR non ha più senso. Sempre più spesso non è chiaro se specifici elementi dei dati siano sensibili. Piuttosto, l'attenzione dovrebbe concentrarsi sul fatto che l'uso di tali dati sia sensibile. Il trattamento di dati razziali ed etnici per eliminare la discriminazione sul posto di lavoro è un esempio di uso non sensibile, a condizione che vengano attuate misure tecniche e organizzative rigorose per garantire che i dati non vengano utilizzati per altri scopi. Si veda <https://iapp.org/news/a/gdpr-conundrums-processing-special-categories-of-data/> e <https://iapp.org/news/a/11-drafting-flaws-for-the-ec-to-address-in-its-upcoming-gdpr-review/>.

¹² L'articolo 10(2) sub. 5 del progetto di legge sull'AI consente la raccolta di categorie speciali di dati ai fini del monitoraggio dei pregiudizi, a condizione che siano previste garanzie adeguate, come la pseudonimizzazione.

¹³ Un'eccezione degna di nota è rappresentata dal Regno Unito, che molto prima dell'uscita dall'UE ha legiferato in merito alla raccolta di dati razziali ed etnici per soddisfare i requisiti della condizione di interesse pubblico sostanziale ai fini della "Parità di opportunità o di trattamento" e della "Diversità razziale ed etnica ai livelli più alti" e ha previsto ulteriori criteri per il trattamento dei dati etnici a fini statistici; si veda l'Allegato 1 della legge britannica sulla protezione dei dati del 2018 (ereditata dal suo predecessore, la legge sulla protezione dei dati del 1998) e la Guida dell'Information Commissioner's Office sui dati di categoria speciale, 2018. L'Allegato 1 prevede anche criteri specifici per soddisfare i requisiti della condizione di finalità statistica. Si veda qui. Un'altra eccezione è rappresentata dai Paesi Bassi, che consentono un trattamento limitato dei dati razziali ed etnici (limitatamente al paese di nascita e ai paesi di nascita dei genitori o dei nonni) per motivi di interesse pubblico sostanziale.

finalità di monitoraggio avvengono su base volontaria, chiedendo ai dipendenti di compilare i sondaggi basati sull'autoidentificazione. Ciò è in linea con il GDPR, che prevede un'eccezione generale che consente alle organizzazioni di trattare i dati DEI sulla base del consenso esplicito delle persone interessate, *a condizione che gli Stati membri non abbiano escluso questa opzione nelle loro leggi nazionali*. In pratica, gli Stati membri **non** hanno utilizzato questo potere discrezionale; non hanno escluso la possibilità di basarsi sul consenso esplicito per la raccolta dei dati DEI. Ciò lascia il consenso esplicito come un'opzione valida, ma anche come l'unica sostanzialmente praticabile, per raccogliere i dati DEI per finalità di monitoraggio¹⁴. Sia la normativa sui diritti umani che lo stesso GDPR facilitano questo tipo di controllo, a condizione che siano attuate le tutele per proteggere l'abuso dei relativi dati, in conformità con i requisiti di minimizzazione dei dati e di *privacy-by-design*¹⁵. Ora, giustamente, vediamo lo sviluppo delle migliori pratiche su come monitorare i dati DEI limitando l'impatto sulla privacy dei dipendenti. In letteratura, la raccolta di dati razziali o etnici per finalità di monitoraggio viene giustamente descritta come "una necessità problematica, un processo che necessita esso stesso di un monitoraggio costante"¹⁶.

2. Verso un dovere positivo di monitoraggio della discriminazione sul luogo di lavoro

Laddove la discriminazione sul luogo di lavoro è pervasiva, il controllo dei dati DEI per quantificarla è essenziale affinché i datori di lavoro siano in grado di rispettare le leggi antidiscriminazione e di uguaglianza. Come indicato in precedenza, non esiste un presupposto generale ai sensi della Direttiva sull'Uguaglianza Razziale per raccogliere, analizzare e utilizzare i dati DEI. Questa direttiva, tuttavia, prevede un'inversione dell'onere della prova¹⁷. Qualora chi agisce in giudizio dimostri i fatti che consentano di presumere una discriminazione *prima facie*, spetterà al datore dimostrare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento. Laddove la discriminazione sul posto di lavoro è pervasiva, sarà agevole costruire un caso *prima facie* e spetterà al datore l'onere di confutare tali accuse, il che sarà difficile se non sono stati raccolti e monitorati i dati. L'argomento secondo cui il GDPR non consente il trattamento di tali dati non libererà il datore di lavoro dal suo onere probatorio. In

¹⁴ Ad esempio, nei Paesi Bassi è generalmente accettato che la raccolta dei dati DEI possa avvenire su base volontaria. Cfr. Consiglio economico sociale olandese, "Meten is Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid", Charter Document, pagg. 7-10, dicembre 2021. Si veda anche il rapporto intitolato "Het moet wel werken", pag. 30, <https://goldschmeding.foundation/wp-content/uploads/Rapport-Het-Moet-Wel-Werken-Vergelijkende-analyse-juli-2021.pdf>.

¹⁵ Il Manuale europeo sui dati di uguaglianza (2016) fornisce una panoramica completa su come possono essere raccolti i dati di uguaglianza, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1/language-en>; Gruppo di alto livello dell'UE sulla non discriminazione, l'uguaglianza e la diversità, "Linee guida sul miglioramento della raccolta e dell'uso dei dati di uguaglianza", 2021, https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_or_ethnic_origin_final.pdf. Si vedano anche i rapporti elencati nella nota precedente.

¹⁶ Bonnett e Carrington 2000, p. 488.

¹⁷ Articolo 8 della direttiva sull'uguaglianza razziale.

tal senso, si veda: *Comitato Europeo dei Diritti Sociali, Centro Europeo per i Diritti dei Rom contro Grecia*¹⁸:

Raccolta dei dati

27. Il Comitato osserva che, in relazione al suo desiderio di valutare l'accusa di discriminazione nei confronti dei Rom formulata dall'organizzazione ricorrente, il Governo ha dichiarato di non essere in grado di fornire alcuna stima delle dimensioni dei gruppi interessati. Per giustificare la sua posizione, fa riferimento a ostacoli giuridici e più specificamente costituzionali. Il Comitato ritiene che quando la raccolta e la conservazione di dati personali [sono] impediti per tali motivi, ma è anche riconosciuto che un particolare gruppo è o potrebbe essere discriminato, le autorità hanno la responsabilità di trovare dei mezzi alternativi per valutare l'entità del problema e delle modalità di risoluzione che non siano soggette a tali restrizioni costituzionali.

Fin dal 1989¹⁹ tutte le istituzioni europee e internazionali competenti hanno dichiarato, sempre con maggior urgenza, che la raccolta dei dati DEI ai fini del monitoraggio e della rendicontazione è indispensabile per la lotta contro la discriminazione²⁰. Si veda, ad esempio, il Piano d'Azione antirazzismo UE 2020-2025²¹ (il "**Piano d'Azione**"), in cui la Commissione Europea afferma esplicitamente che:

Dati accurati e comparabili sono essenziali per consentire ai responsabili delle policy e all'opinione pubblica di valutare l'entità e la natura della discriminazione subita e per progettare, adattare, monitorare e valutare le policy. Ciò richiede la disaggregazione dei dati per origine etnica o razziale²².

Nel Piano d'Azione, la Commissione europea rileva che i dati sull'uguaglianza sono ancora insufficienti, "con alcuni Stati membri che raccolgono tali dati mentre altri evitano consapevolmente *questo*

¹⁸ Reclamo n. 15/2003, decisione sul merito, 8 dicembre 2004, § 27

¹⁹ Si veda, ad esempio, la Raccomandazione di politica generale n. 4 dell'ECRI sulle indagini nazionali sull'esperienza e la percezione della discriminazione e del razzismo dal punto di vista delle potenziali vittime, adottata il 6 marzo 1998.

²⁰ Si veda il rapporto preparato per la Commissione europea, "Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union Data collection in the field of ethnicity", 2017, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1#:~:text=The%20European%20Hand%20book%20on%20Equality,to%20achieve%20progress%20towards%20equality> (europa.eu). Ad esempio, il Manuale europeo sui dati relativi all'uguaglianza, inizialmente risalente al 2007, affermava già che "Il monitoraggio è forse la misura più efficace che un'organizzazione può adottare per garantire il rispetto delle leggi sull'uguaglianza". Il manuale è stato aggiornato nel 2016 e fornisce una panoramica completa su come raccogliere i dati sulla parità, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1/language-en>.

²¹ Piano d'azione dell'UE contro il razzismo 2020-2025, pag. 15.

²² Si veda una dichiarazione più lunga ma simile nella Relazione 2021 della Commissione europea sulla valutazione della direttiva sull'uguaglianza razziale, pag. 14, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/report_on_the_application_of_the_racial_equality_directive_and_the_employment_equality_directive_en.pdf.

approccio". Il Piano d'Azione prevede in seguito passi significativi per garantire la raccolta di dati sull'uguaglianza, affidabili e comparabili a livello europeo e nazionale²³.

Possiamo monitorare i progressi solo se disponiamo di dati disaggregati per sesso, età, razza, etnia, reddito, status migratorio, disabilità e altre caratteristiche relative ai motivi di discriminazione vietati dalla legge sui diritti umani. Solo se tracciamo i progressi dei diversi gruppi di popolazione, in tutti i Paesi, possiamo garantire che nessuno venga effettivamente lasciato indietro.

**Zeid Ra'ad Al Hussein, Alto
Commissario delle Nazioni Unite
per i diritti umani (2018)**

A livello internazionale, le Nazioni Unite (**ONU**) adottano un approccio ancora più deciso, considerando la raccolta di dati DEI che consentono la disaggregazione per i diversi gruppi di popolazione come parte degli obblighi dei governi in materia di diritti umani. Si veda il rapporto delle Nazioni Unite del 2018, "Un approccio ai dati basato sui diritti umani, che non lasci indietro nessuno nell'agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile" (il "**Rapporto delle Nazioni Unite**")²⁴:

La raccolta e la disaggregazione dei dati che consentono il confronto dei gruppi di popolazione sono fondamentali per un HRBA [approccio basato sui diritti umani] ai dati e fanno parte degli obblighi degli Stati in materia di diritti umani²⁵. I dati disaggregati possono informare sulla portata della possibile

disuguaglianza e discriminazione.

Il rapporto delle Nazioni Unite sottolinea che ciò era già implicito nei trattati precedenti, ma che "i trattati adottati più di recente fanno riferimento specifico alla necessità di raccogliere dati e statistiche disaggregate. Si veda, ad esempio, l'articolo 31 della Convenzione sui Diritti delle Persone con Disabilità"²⁶.

Molti dei rapporti citati in precedenza affermano esplicitamente che il GDPR non dovrebbe costituire un ostacolo per la raccolta di questi dati. Ad esempio, nel 2021 il Gruppo di Alto Livello dell'UE sulla Non-Discriminazione, l'Uguaglianza e la Diversità ha pubblicato le "Linee guida per migliorare la raccolta e l'uso dei dati sull'uguaglianza"²⁷, dove si afferma esplicitamente che:

²³ Piano d'azione dell'UE contro il razzismo 2020-2025, pag. 21, con riferimento a: Niall Crowley, Making Europe more Equal: A Legal Duty? https://www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/positiveequality_duties-finalweb.pdf, che riporta i dati relativi agli Stati membri che già prevedono un obbligo legale positivo di questo tipo. Si veda p. 16 per una panoramica dei doveri preventivi espliciti che richiedono alle organizzazioni di adottare misure non specificate per prevenire la discriminazione, spostando la responsabilità di agire da chi subisce la discriminazione ai datori di lavoro. Tali obblighi possono stimolare l'introduzione di nuove politiche, procedure e pratiche organizzative su tali questioni.

²⁴ <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>.

²⁵ Ad esempio, l'obiettivo 17.18 dell'Agenda 2030 richiede che gli indicatori degli Obiettivi di sviluppo sociale siano disaggregati per reddito, genere, età, razza, etnia, status migratorio, disabilità, posizione geografica e altre caratteristiche rilevanti nei contesti nazionali.

²⁶ <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>, pag. 15, nota 27.

²⁷ Gruppo di alto livello dell'UE sulla non discriminazione, l'uguaglianza e la diversità, "Linee guida per migliorare la raccolta e l'uso dei dati sulla parità", 2021, p. 11, https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_or_ethnic_origin_final.pdf.

Talvolta i requisiti di protezione dei dati vengono intesi come un divieto di raccolta di dati personali inerenti all'origine etnica, alla religione o all'orientamento sessuale di una persona. Tuttavia, come illustrato nella spiegazione che segue, il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR), che è direttamente applicabile in tutti gli Stati membri dell'UE dal maggio 2018, stabilisce le condizioni in base alle quali la raccolta e il trattamento di tali dati [sono] consentiti.

Il Relatore speciale dell'ONU sulla povertà estrema e i diritti umani ha persino affermato che la Commissione Europea dovrebbe avviare una procedura d'infrazione nel caso in cui uno Stato membro continui a interpretare erroneamente le leggi sulla protezione dei dati in modo da non consentire la raccolta di dati sulla razza e sull'origine etnica²⁸.

Il quinto mito è che il GDPR preclude i dati sull'uguaglianza. Si tratta di un mito pericoloso, che a volte viene strumentalizzato e usato come scusa. Il GDPR è in realtà uno strumento più sofisticato di quanto si pensi ed è fondamentale consultarsi con le autorità per la protezione dei dati nella definizione delle politiche di raccolta dei dati.

Michael O'Flaherty, direttore dell'Agenzia per i diritti fondamentali (FRA) (2021)

Alla luce di quanto sopra, i datori di lavoro che si appellano ai requisiti previsti dal GDPR per evitare la raccolta di dati DEI per finalità di monitoraggio iniziano a sembrare guidati più dal desiderio di evitare un controllo sul posto di lavoro che da autentiche preoccupazioni per la privacy dei loro dipendenti²⁹. I dipendenti la cui privacy è in gioco sono esattamente quelli potenzialmente esposti alla discriminazione. A costo di dire un'ovvietà, invocare il GDPR come fonte del divieto di raccolta dei dati DEI, con il risultato che le organizzazioni evitano o sono limitate nel rilevare la discriminazione di questi gruppi, è contrario all'intero scopo del GDPR. Il GDPR mira a preservare la privacy dei dipendenti e a proteggerli dalla discriminazione.

“Senza misurare e quantificare la portata della discriminazione e delle disuguaglianze in Europa, diventa molto difficile affrontarle in modo efficace. I dati sulla parità possono fornire strumenti potenti contro la discriminazione e l'esclusione, facendo luce sulla situazione dei gruppi a rischio di discriminazione. Ecco perché chiediamo più dati per misurare la discriminazione e garantire l'uguaglianza nei risultati”.

Rete europea contro il razzismo, dichiarazione politica sul sito web

Non sorprende che i gruppi di interesse delle minoranze, che rappresentano i gruppi la cui privacy è effettivamente in gioco, sostengano attivamente questa raccolta di dati e il loro controllo³⁰. Semmai, le loro preoccupazioni riguardo alla raccolta di dati DEI per finalità di monitoraggio DEI è che questi gruppi spesso non si sentono rappresentati nella **classificazione** dei

²⁸ Nazioni Unite, Dichiarazione di fine missione sulla Romania, Professor Philip Alston, Relatore speciale del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite sulla povertà estrema e i diritti umani, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16737&LangID=E#sthash.42v5AefT.dpuf>.

²⁹ La citazione è tratta da Michael O'Flaherty, direttore dell'Agenzia per i diritti fondamentali (FRA), relazione della tavola rotonda sui dati sull'uguaglianza, 30 dicembre 2021, https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/round-table-equality-data_post-event-report.pdf.

³⁰ Si veda la dichiarazione politica sul sito web della Rete europea contro il razzismo (ENAR); nonché la dichiarazione del 28 settembre 2022 rilasciata dai partner di Equal@Work che invitano l'UE a implementare quadri giuridici favorevoli che portino certezza operativa e legale alle organizzazioni che vogliono implementare misure di raccolta di dati sulla parità in base alla razza, all'etnia e ad altre categorie correlate, <https://www.enar-eu.org/about/equality-data>. Si veda anche qui.

dati raccolti³¹. Se questi sono troppo generici o non permettono di suddividere le disuguaglianze che si intersecano (come l'essere donna e appartenere a una minoranza), specifici gruppi vulnerabili possono benissimo ricadere al di fuori dell'ambito del controllo DEI e quindi al di fuori dell'ambito delle potenziali policy DEI. È ampiamente riconosciuto che già la *definizione delle categorie* può rappresentare un pregiudizio e il principio fondamentale della normativa sui diritti umani per la raccolta dei dati DEI è quello di coinvolgere i portatori di interessi delle minoranze rilevanti in un processo di selezione degli indicatori dal basso verso l'alto (il principio di partecipazione dei diritti umani)³² e di garantire inoltre che la raccolta dei dati si basi sul principio dell'auto-identificazione, che richiede che i sondaggi consentano sempre risposte libere (comprese le mancate risposte) e l'indicazione di identità multiple (si veda la sezione 4 sul principio dei diritti umani dell'auto-identificazione).

3. Rendicontazione ESG

In base alla prossima CSRD³³ le grandi imprese³⁴ saranno soggette ad obblighi di informativa sulle questioni ESG a partire dal 2024 (cioè nelle relazioni annuali pubblicate nel 2025)³⁵. La Commissione europea è incaricata di definire i principi dell'informativa e ha chiesto al Gruppo Europeo per l'Informativa Finanziaria (**EFRAG**) di fornire delle raccomandazioni per questi standard. Nel novembre 2022, l'EFRAG ha pubblicato la prima bozza dei principi. La Commissione europea sta ora consultando gli organi competenti dell'UE e gli Stati membri prima di adottare, a giugno 2023, i principi come atti delegati.

Uno dei progetti di standard di rendicontazione prevede uno standard di rendicontazione della forza lavoro di un'azienda (Standard Europeo di Rendicontazione della Sostenibilità S1 - **ESRS S1**)³⁶. Questo standard richiede una descrizione generale dell'approccio dell'azienda all'identificazione e alla gestione di qualsiasi impatto materiale, effettivo e potenziale sulla propria forza lavoro in relazione alla parità di trattamento e alle *opportunità* per tutti, compresa la "parità di genere e la parità di retribuzione per un lavoro di pari valore" e la "diversità". Dalle definizioni contenute nell'ESRS S1, è chiaro che la

³¹ Per un eccellente articolo su tutte le questioni relative alla categorizzazione etnica, si veda Bonnett, A., & Carrington, B. (2000), "Fitting into categories or falling between them? Rethinking ethnic classification", *British Journal of Sociology of Education*, 21(4), pp. 487-500.

³² Ufficio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani (**OHCHR**), "Human Rights Indicators, A Guide to Measurement and Implementation", 2012 (**Guida OHCHR**), Capitolo III sub. A (Considerazioni etiche, statistiche e sui diritti umani nella selezione degli indicatori), pag. 46, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human_rights_indicators_en.pdf.

³³ Si veda la direttiva sul reporting di sostenibilità delle imprese (10 novembre 2022), al punto (4) dell'articolo 1 disponibile qui.

³⁴ I nuovi obblighi di rendicontazione di sostenibilità dell'UE si applicheranno a tutte le grandi imprese che soddisfano due dei tre criteri seguenti: più di 250 dipendenti, 40 milioni di euro di ricavi netti e più di 20 milioni di euro di bilancio), quotate o meno. Alle piccole e medie imprese quotate sui mercati pubblici si applicheranno standard di rendicontazione più leggeri.

³⁵ Si veda l'articolo 1 (Modifiche alla direttiva 2013/34/UE), comma 8, che introduce il nuovo capitolo 6a dei principi di rendicontazione della sostenibilità, in base al quale la Commissione europea adotterà un atto delegato che specificherà le informazioni che le imprese devono divulgare sui fattori sociali e umani, tra cui la parità di trattamento e di opportunità per tutti, comprese le disposizioni sulla diversità.

³⁶ Si veda European Financial Reporting Advisory Group, Draft European Sustainability Reporting Standard S1 Own Workforce, Nov. 2022 qui

“parità di trattamento” richiede che non vi sia “alcuna discriminazione diretta o indiretta basata su criteri quali il genere e l’origine razziale o etnica”; le “pari opportunità” si riferiscono all’accesso imparziale e non discriminatorio alle opportunità di istruzione, formazione, impiego, progressione di carriera ed esercizio del potere senza che alcun individuo sia svantaggiato sulla base di criteri quali il genere e l’origine razziale o etnica.

L’ESRS S1 prevede un capitolo specifico sulle metriche e sugli obiettivi, che richiede metriche obbligatorie di rendicontazione **pubblica** su una serie di caratteristiche specifiche della forza lavoro di un’azienda, che includono il genere, ma non l’origine razziale o etnica³⁷. Leggendo tutti gli standard, tuttavia, è difficile immaginare come le aziende possano fornire un report sugli standard senza raccogliere e monitorare i dati DEI **internamente**.

Ad esempio, i principi generali di divulgazione dell’ESRS S1 impongono che l’azienda divulghi tutte le sue politiche in materia di parità di trattamento e opportunità³⁸, tra cui:

d) Se e come queste politiche sono attuate attraverso procedure specifiche per garantire che la discriminazione sia prevenuta, attenuata e trattata una volta individuata, nonché per promuovere la diversità e l’inclusione in generale.

È difficile immaginare che le aziende possano conformarsi alla segnalazione delle informazioni di cui alla clausola (d), che richiede di segnalare **come** vengono implementate le politiche **per garantire che la discriminazione sia prevenuta, mitigata e trattata una volta rilevata**, senza raccogliere i dati DEI.

L’ESRS S1 chiarisce ulteriormente come l’informativa di cui all’S1 sia correlata all’informativa di cui all’ESRS S2, che comprende l’informativa quando i potenziali impatti sulla forza lavoro di un’azienda hanno un impatto sulla strategia e sul modello di business dell’azienda stessa. Si veda:

Appendice B.1: ai Requisiti della domanda S1 per la divulgazione relativa all’ESRS 2, che include

“Diversità. Rappresentazione di donne e/o gruppi etnici o minoranze nella propria forza lavoro. Distribuzione dell’età nella propria forza lavoro. Percentuale di persone con disabilità nella propria forza lavoro”.

Appendice B.4: Requisiti applicativi per l’ESRS S1-5 “Obiettivi relativi alla gestione degli impatti negativi rilevanti, all’avanzamento degli impatti positivi e alla gestione dei rischi e delle opportunità rilevanti”, che include:

³⁷ La bozza iniziale dell’ESRS S1, pubblicata dall’EFRAG per la consultazione pubblica, prevedeva un obbligo di comunicazione al pubblico anche del numero totale di “dipendenti appartenenti a gruppi vulnerabili, laddove rilevante e legalmente ammissibile da comunicare” (cfr. requisito di informativa 11), Download (efrag.org). Questo requisito è stato eliminato dalla bozza di standard presentata dall’EFRAG alla Commissione europea.

³⁸ Si veda S1-1 - Politiche relative alla propria forza lavoro.

Diversità. Aumentare la % di gruppi sottorappresentati nella propria forza lavoro e nel top management”.

Sulla base degli obblighi di segnalazione suesposti, la raccolta e il monitoraggio dei dati DEI saranno richiesti per le comunicazioni obbligatorie, il che fornisce anche una base giuridica ai sensi del GDPR per la raccolta di tali dati, a condizione che siano rispettate le altre disposizioni del GDPR e i principi più ampi in materia di diritti umani. Prima di definire i requisiti del GDPR, viene fornita una breve sintesi dei principi più generali in materia di diritti umani che si applicano alla raccolta dei dati DEI per finalità di monitoraggio.

4. Principi dei diritti umani

I tre principali principi dei diritti umani in relazione ai processi di raccolta dei dati sono l'auto-identificazione, la partecipazione e la protezione dei dati³⁹. Il principio dell'auto-identificazione prevede che le persone abbiano la possibilità di auto-identificarsi quando si trovano di fronte a una domanda che richiede informazioni personali sensibili che le riguardano. Già nel 1990, il Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale ha affermato che l'identificazione come membro di un particolare gruppo etnico “deve, se non esiste una giustificazione contraria, basarsi sull'auto-identificazione da parte dell'individuo interessato”⁴⁰. In linea di principio, un senso personale di identità e di appartenenza non può essere limitato o minato da un'identità imposta dal governo e non dovrebbe essere assegnato per imputazione o per procura. Ciò implica che tutte le domande sull'identità personale, sia nelle indagini che nei dati amministrativi, dovrebbero consentire risposte libere (compresa la non risposta) e identità multiple⁴¹. Inoltre, a causa della natura sensibile delle domande dell'indagine sulle caratteristiche della popolazione, i raccoglitori di dati devono prestare particolare attenzione ad assicurare agli intervistati che sono in atto adeguate misure di protezione dei dati e di controllo della loro divulgazione⁴².

5. Requisiti previsti dalla normativa UE sulla protezione dei dati

La raccolta di dati razziali o etnici per il monitoraggio è giustamente descritta in letteratura come “una necessità problematica, un processo che necessita esso stesso di un costante monitoraggio”⁴³. La raccolta e l'uso di dati razziali ed etnici per combattere la discriminazione non è una pratica “innocente”

³⁹ Guida dell'OHCHR, pag. 46, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human_rights_indicators_en.pdf.

⁴⁰ Raccomandazione generale 8, Appartenenza a gruppi razziali o etnici basata sull'autoidentificazione, 1990, <https://www.legal-tools.org/doc/2503f1/pdf/>.

⁴¹ <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>, pagg. 12–13. Si veda anche The EU High Level Group on Non-discrimination Equality and Diversity, “Guidelines on improving the collection and use of equality data”, 2021, pag. 11, https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_or_ethnic_origin_final.pdf.

⁴² Guida dell'OHCHR, pag. 48.

⁴³ Bonnett e Carrington 2000, p. 488.

⁴⁴. Anche se effettuata su base anonima o aggregata, può contribuire all'esclusione e alla discriminazione. Un esempio è quando i politici sostengono, sulla base di statistiche, che ci sono "troppe" persone di una certa categoria in un Paese⁴⁵.

La raccolta e l'elaborazione di dati razziali ed etnici non sono illegali nell'UE. In generale, nessuno Stato membro impone un divieto assoluto di raccogliere questi dati⁴⁶. Non esiste nemmeno un obbligo generale, ai sensi della direttiva sull'uguaglianza razziale, di raccogliere, analizzare e utilizzare i dati sull'uguaglianza. Gli obblighi di raccolta di dati razziali o etnici non sembrano essere codificati nella legge degli Stati membri, con notevoli eccezioni in Finlandia, Irlanda e (prima della Brexit) nel Regno Unito⁴⁷.

In assenza di divieti e requisiti specifici nella legislazione dell'UE e degli Stati membri, il trattamento dei dati razziali ed etnici è disciplinato dal GDPR, che prevede un regime speciale per il trattamento di "categorie particolari di dati", come i dati che rivelano l'origine razziale o etnica^{48/49}.

⁴⁴ The Dutch Young Academy, Antidiscrimination data collection in academia: and exploration of survey methodology practices outside the Netherlands, <https://www.dejongeakademie.nl/en/publications/2300840.aspx?t=Antidiscrimination-data-practices-worldwide-and-views-of-students-and-staff-of-colour>.

⁴⁵ Si vedano i vecchi esempi in Bonnett e Carrington 2000.

⁴⁶ Commissione europea, Analisi ed esame comparativo delle pratiche di raccolta dei dati sull'uguaglianza nell'Unione europea Raccolta dati nel campo dell'etnicità, pag. 14, https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/data_collection_in_the_field_of_ethnicity.pdf. Anche in Francia, spesso considerata un caso di divieto assoluto, la raccolta di dati etnici è possibile con alcune eccezioni. Lo stesso vale per l'Italia. Lo Statuto dei lavoratori italiano (Legge n. 300/1970), all'articolo 8, vieta espressamente ai datori di lavoro di raccogliere e utilizzare dati etnici per decidere se assumere un candidato e per decidere qualsiasi altro aspetto del rapporto di lavoro già in essere (come le promozioni). La raccolta di tali dati per monitorare la discriminazione sul posto di lavoro e le pari opportunità non rientra nel divieto (a condizione che sia garantito che tali dati non possano essere utilizzati per altri scopi).

⁴⁷ Tre eccezioni degne di nota, la Finlandia, l'Irlanda e il Regno Unito (prima dell'uscita dall'UE), impongono agli enti pubblici l'obbligo di raccogliere dati sull'uguaglianza come parte della loro pianificazione in materia, cfr. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/data_collection_in_the_field_of_ethnicity.pdf, p. 16.

⁴⁸ I dati che rivelano l'origine razziale o etnica si qualificano come una "categoria speciale" di dati personali ai sensi dell'articolo 9 del GDPR. I dati sulla nazionalità o sul luogo di nascita di una persona o dei suoi genitori non rientrano tra le categorie speciali di dati e, di norma, possono essere raccolti senza il consenso dell'intervistato. Tuttavia, se vengono utilizzati per prevedere l'origine etnica o razziale, diventano soggetti al regime dell'articolo 9 del GDPR per il trattamento di categorie speciali di dati.

⁴⁹ È indubbio che la sintesi dei requisiti qui riportata rifletta correttamente i requisiti del GDPR. Una sintesi simile delle disposizioni pertinenti del Gruppo di alto livello dell'UE sulla non discriminazione, l'uguaglianza e la diversità è contenuta nelle sue linee guida per il 2021, pag. 12, <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/en-guidelines-improving-collection-and-use-of-equality-data.pdf> e, più avanti, nella sua nota di orientamento per il 2021 sulla raccolta e l'uso di dati sulla parità basati sulla razza o sull'origine etnica, pag. 30, https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_or_ethnic_origin_final.pdf. Si vedano inoltre le linee guida emesse dal Consiglio economico sociale olandese nel dicembre 2021, "Meten is Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid", Charter Document, pp. 7-10, dicembre 2021; e un precedente rapporto di PWC su incarico del governo olandese, "Onderzoek Vrijwillige vastlegging van culturele diversiteit", <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2017/12/22/onderzoek-vrijwillige-vastlegging-van-culturele-diversiteit>.

L'articolo 9 del GDPR vieta il trattamento di categorie particolari di dati, con notevoli eccezioni. Il divieto non si applica (per quanto qui rileva)⁵⁰ quando:

- L'individuo ha dato il proprio **consenso esplicito** al trattamento dei dati personali per una o più finalità specifiche, tranne nei casi in cui il diritto dell'UE o degli Stati membri preveda che il divieto non possa essere revocato dall'individuo (articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del GDPR).
- Il trattamento è necessario per motivi di **interesse pubblico rilevante** sulla base del diritto dell'UE o degli Stati membri (articolo 9, paragrafo 2, lettera g) del GDPR).
- Il trattamento è necessario a **fini statistici** ai sensi dell'articolo 89, paragrafo 1, del GDPR, sulla base del diritto dell'UE o degli Stati membri (articolo 9, paragrafo 2, lettera j), del GDPR).

Affinché le condizioni si applichino, è necessario che il diritto dell'UE o degli Stati membri preveda disposizioni che consentano il trattamento laddove necessario per scopi statistici o di interesse pubblico sostanziale. In pratica, la maggior parte degli Stati membri **non** ha utilizzato il proprio potere discrezionale ai sensi del GDPR per fornire una base giuridica specifica nella propria legislazione nazionale per il trattamento dei dati razziali o etnici per questi scopi⁵¹. Gli Stati membri, tuttavia, **non** si sono nemmeno avvalsi della facoltà prevista dal GDPR di prevedere nella propria legislazione nazionale che il divieto di cui all'articolo 9 non possa essere revocato dal consenso. Ciò lascia il consenso esplicito come opzione valida, ma anche l'unica effettivamente praticabile, per raccogliere i dati DEI per finalità di monitoraggio⁵². Ciò è in linea con i principi dei diritti umani, a condizione che la segnalazione sia basata sull'autoidentificazione.

Una volta che la CDRD sarà stata implementata nelle legislazioni nazionali degli Stati membri, la raccolta dei dati DEI sarà richiesta per le comunicazioni ESG obbligatorie, che saranno consentite ai sensi dell'articolo 9, comma 2, lettera g, del GDPR (motivo di interesse pubblico sostanziale). Nel caso in cui le organizzazioni raccolgano questi dati, dovranno essere rispettati i principi dei diritti umani sopra esposti, in particolare il fatto che le comunicazioni dovranno essere basate sull'auto-identificazione. In pratica, la base giuridica dell'interesse pubblico sostanziale rispecchierà

⁵⁰ Si noti che l'articolo 9, paragrafo 2, lettera b), del GDPR prevede una condizione per la raccolta di dati razziali ed etnici quando "è necessaria ai fini dell'adempimento degli obblighi e dell'esercizio di diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di occupazione ... nella misura in cui è autorizzata dal diritto dell'Unione o degli Stati membri...". Attualmente non esiste alcuna legge dell'Unione o degli Stati membri che preveda l'obbligo per il datore di lavoro di raccogliere dati razziali o etnici a fini di monitoraggio. Tuttavia, i legislatori dell'UE hanno ritenuto che questa sia un'eccezione valida che gli Stati membri possono implementare nelle loro leggi nazionali. L'art. 88 del GDPR stabilisce che gli Stati membri possono, mediante legge o contratti collettivi, prevedere norme più specifiche per garantire la tutela dei diritti e delle libertà dei lavoratori in relazione al trattamento dei dati personali dei lavoratori nel contesto lavorativo. In particolare, tali norme possono essere previste, tra l'altro, ai fini dell'uguaglianza e della diversità sul posto di lavoro.

⁵¹ Si veda la nota 13.

⁵² Ad esempio, nei Paesi Bassi è generalmente accettato che la raccolta dei dati DEI possa avvenire su base volontaria, cfr. Consiglio economico sociale olandese, dicembre 2021, "Meten is Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid", Charter Document, pagg. 7-10, dicembre 2021. Si veda anche la relazione intitolata "Het moet wel werken", pag. 30, <https://goldschmeding.foundation/wp-content/uploads/Rapport-Het-Moet-Wel-Werken-Vergelijkende-analyse-juli-2021.pdf>.

molto la base giuridica del consenso esplicito e si applicheranno ugualmente le tutele e le misure di attenuazione descritte di seguito.

5.1 Consenso esplicito

I requisiti per un consenso valido sono rigorosi, soprattutto sul posto di lavoro⁵³. Ad esempio, il consenso deve essere 'dato liberamente', il che è considerato problematico alla luce dello squilibrio di potere tra il datore di lavoro e l'individuo⁵⁴. Il termine 'esplicito' si riferisce al modo in cui il consenso viene espresso dall'individuo. Un modo per assicurarsi che il consenso sia esplicito sarebbe ovviamente quello di confermarlo espressamente in una dichiarazione scritta, in un modulo elettronico o in una e-mail⁵⁵.

Affinché il consenso dei dipendenti sia valido, è necessario che questi ultimi possano scegliere liberamente se fornire o meno le informazioni senza alcuna ripercussione. Ciò comporta che nessuno svantaggio di alcun tipo possa derivare al dipendente che si rifiuti di fornire il consenso, cosa che avverrebbe se il rifiuto del consenso escludesse, ad esempio, il dipendente da qualsiasi iniziativa di azione positiva⁵⁶. Per garantire che il consenso sia effettivamente dato liberamente, la natura volontaria della segnalazione per i dipendenti deve essere duplice: (1) l'atto di compilare un sondaggio o un questionario relativo alla propria origine razziale o etnica deve essere volontario e (2) il sondaggio o il questionario deve includere opzioni che consentano al dipendente di rispondere con (un equivalente di) "scelgo di non rispondere". Lo stato individuale di un sondaggio o di un questionario (cioè completato o non completato), così come le risposte fornite, non dovrebbero essere visibili al datore di lavoro su base individuale. In pratica, ciò viene realizzato mediante misure di *privacy-by-design* (si veda più avanti).

Si noti che, per essere valido, il consenso deve essere accompagnato da informazioni chiare sul motivo per cui viene raccolto e su come verrà utilizzato (il consenso deve essere "*specifico e informato*")⁵⁷. Inoltre, i dipendenti devono essere informati che il consenso può essere revocato in qualsiasi momento

⁵³ L'articolo 4, paragrafo 11, del GDPR definisce il consenso come "qualsiasi indicazione libera, specifica, informata e inequivocabile della volontà dell'interessato con la quale questi, mediante una dichiarazione o una chiara azione affermativa, manifesta il proprio assenso al trattamento dei dati personali che lo riguardano".

⁵⁴ L'orientamento del Comitato europeo per la protezione dei dati ha reso esplicito in una serie di documenti di orientamento che, per la maggior parte dei trattamenti di dati sul lavoro, il consenso non è una base giuridica adeguata a causa della natura del rapporto tra datore di lavoro e dipendente. Si veda anche il parere 2/2017 sul trattamento dei dati sul lavoro (**WP249**), paragrafo 3.3.1.6.2, all'indirizzo https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf.

⁵⁵ Linee Guida EDPB 05/2020 sul consenso ai sensi del Regolamento 2016/679, adottato il 4 maggio 2020 (**EDPB Guidelines on consent**), pag. 21, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf.

⁵⁶ WP249, paragrafo 6.2.

⁵⁷ Linee guida EDPB sul consenso, pagg. 13-15.

e che l'eventuale revoca del consenso non pregiudicherà la liceità del trattamento precedente alla revoca⁵⁸.

Quando il consenso viene revocato, qualsiasi trattamento dei dati personali (nella misura in cui siano identificabili) dovrà cessare dal momento della revoca. Tuttavia, quando i dati sono raccolti ed elaborati in forma aggregata (si veda la successiva sezione 5.2 sui requisiti di *privacy-by-design*), i dipendenti non saranno più identificabili o rintracciabili e, pertanto, qualsiasi revoca del consenso non sarà efficace in relazione ai dati già raccolti e inclusi in tali rapporti.

5.2 Principi generali di protezione dei dati

L'ottenimento del consenso non annulla o riduce in alcun modo l'obbligo del titolare del trattamento di osservare i principi del trattamento sanciti dal GDPR, in particolare quelli sanciti dall'articolo 5 del GDPR per quanto riguarda l'equità, la necessità e la proporzionalità, nonché la qualità dei dati⁵⁹. I datori di lavoro dovranno inoltre rispettare i principi della *privacy-by-design*⁶⁰. In pratica, ciò significa che i datori di lavoro dovrebbero trattare solo i dati personali di cui hanno strettamente bisogno per le finalità perseguite e nel modo più rispettoso per la tutela della privacy. Ad esempio, i datori di lavoro possono raccogliere i dati DEI senza fare riferimento ai singoli dipendenti (cioè senza che questi forniscano il proprio nome o un altro identificativo univoco, come un numero di matricola o un indirizzo e-mail). In questo modo, i datori di lavoro rispetteranno i requisiti di minimizzazione dei dati e di *privacy-by-design*, limitando l'impatto sulla privacy dei propri dipendenti. Nella pratica vediamo anche che i datori di lavoro coinvolgono un fornitore di servizi terzo e chiedono ai dipendenti di inviare le informazioni direttamente a tale fornitore. Il fornitore di servizi terzo condivide poi con il datore di lavoro solo le informazioni aggregate.

Da un punto di vista tecnico, è possibile ottenere una simile separazione dei compiti all'interno del sistema HR interno dell'azienda (come Workday o SuccessFactors), in base alla quale i dati vengono raccolti su base de-identificata e solo uno o due dipendenti all'interno della funzione diversity hanno accesso ai dati DEI de-identificati per l'analisi statistica e successivamente riferiscono al management solo su base aggregata (assicurando che i singoli dipendenti non possano essere individuati o re-identificati)⁶¹. Ciò richiede la personalizzazione dei sistemi HR, attualmente in corso. Nel caso in cui i datori di lavoro abbiano un comitato aziendale, quest'ultimo dovrà fornire la propria approvazione preventiva per qualsiasi politica aziendale relativa al trattamento dei dati dei dipendenti. Nell'ambito del processo di approvazione del comitato aziendale, sarà possibile verificare le misure di *privacy-by-design*.

⁵⁸ Articolo 7, paragrafo 3, del GDPR

⁵⁹ Linee guida EDPB sul consenso, pag. 5.

⁶⁰ Articolo 25 GDPR.

⁶¹ Si veda il parere 05/2014 del Gruppo di lavoro Articolo 29 sulle tecniche di anonimizzazione, adottato il 10 aprile 2014.

Per completezza, si noti che quando la raccolta e l'elaborazione dei dati avvengono su base realmente anonima, le disposizioni del GDPR non si applicano⁶². La soglia prevista dal GDPR per i dati realmente anonimi è tuttavia molto alta ed è improbabile che venga raggiunta quando i datori di lavoro raccolgono tali dati dai propri dipendenti. L'applicazione di tecniche di anonimizzazione, come la pseudonimizzazione (ad esempio, la rimozione o la sostituzione di identificatori e nomi univoci) non porta quindi il trattamento dei dati al di fuori dell'ambito di applicazione del GDPR, ma è piuttosto una misura necessaria per soddisfare i requisiti di minimizzazione dei dati e di *privacy-by-design*.

6. La strada da seguire

Non è più possibile nascondersi dietro il GDPR per evitare di raccogliere i dati DEI per finalità di monitoraggio. La direzione di marcia è quella di politiche, monitoraggio e reporting DEI significativi (come quelli previsti dalla CSRD). La raccolta di dati relativi all'origine razziale ed etnica è stata definita "una necessità problematica, un processo che necessita di un monitoraggio costante". Questo è il modo negativo di qualificare la raccolta e il monitoraggio dei dati DEI. Un approccio positivo basato sui diritti umani prevede che i processi di raccolta dei dati si basino sull'*autoidentificazione*, sulla *partecipazione* e sulla *protezione dei dati*. Se tutti e tre i principi sono salvaguardati, il processo sarà controllato e potrà essere considerato affidabile senza essere intrinsecamente problematico e senza che sia necessario un monitoraggio costante. Il percorso da seguire ruota attorno alla costruzione della fiducia dei lavoratori (e dei loro comitati aziendali e sindacali). Se la fiducia non è già un dato di fatto, la raccomandazione è di iniziare in piccolo (in giurisdizioni meno sensibili), di impegnarsi con i comitati aziendali o con la forza lavoro in generale e, alla luce dell'imminente CSRD, di iniziare da subito⁶³.

Autoidentificazione: Un'azienda ha bisogno della piena fiducia dei propri dipendenti per poter raccogliere dati DEI rappresentativi basati sull'autoidentificazione. Se l'introduzione della raccolta di dati DEI viene percepita dai dipendenti come brusca e contro culturale, o come una casella da spuntare che difficilmente porterà a un cambiamento significativo, le indagini non avranno successo. Affinché i dipendenti compilino i sondaggi rivelando i dati sensibili, è necessario che si fidino del fatto che il loro datore di lavoro è seriamente impegnato nei suoi sforzi per la DEI e che la raccolta e il monitoraggio dei dati sono *complementari* a tali sforzi, sulla base dell'aforisma "Misuriamo ciò di cui facciamo tesoro". La pratica dimostra che, una volta raggiunto un certo punto di svolta, i dipendenti sono orgogliosi di autoidentificarsi e di contribuire alle statistiche DEI della loro azienda.

La fiducia sarà *minata* se i dipendenti non si riconoscono in alcuna categoria predefinita. Una corretta autoidentificazione implica che le categorie predefinite siano pertinenti alla forza lavoro di un Paese, consentano risposte libere (compresa la non risposta) e permettano di identificarsi con identità multiple.

⁶² Il considerando 26 del GDPR afferma che i principi della protezione dei dati non si applicano alle informazioni anonime che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile, o che si riferiscono a dati personali resi anonimi in modo tale che l'interessato non sia o non sia più identificabile. Il considerando 26 afferma inoltre che il GDPR non riguarda il trattamento di tali informazioni anonime, anche a fini statistici o di ricerca.

⁶³ Per un articolo informativo sulle modalità di attuazione delle proposte di diversità basate sui dati, si veda Data-Driven Diversity (hbr.org). La distinzione tra metriche basate sui risultati e metriche basate sui processi si basa su questo articolo.

La fiducia dei dipendenti sarà *rafforzata* se l'azienda ha riflettuto attentamente sulle metriche di rendicontazione, assicurando che la rendicontazione possa effettivamente informare su dove l'azienda può concentrare gli interventi per apportare un cambiamento significativo. Ad esempio, è importante assicurarsi che le metriche di reporting non siano solo basate sui risultati (tracciando i dati demografici, senza sapere dove sussiste un problema), ma siano anche basate sui processi. Le metriche basate sui processi possono individuare i problemi nei processi di gestione dei dipendenti, come l'assunzione, la valutazione, la promozione e la sponsorizzazione dei dirigenti. Se le metriche di *risultato* informano un'azienda che ha percentuali limitate di minoranze specifiche, le metriche di processo possono mostrare in quale parte dei processi (o parte di un processo, ad esempio quale parte del processo di assunzione) l'azienda deve concentrarsi per apportare un cambiamento significativo. Esempi di queste metriche sono la velocità con cui le minoranze scalano le gerarchie aziendali e le differenze salariali tra le diverse categorie in lavori comparabili.

Partecipazione: La fiducia richiede un processo inclusivo dal basso verso l'alto in cui i dipendenti (e i loro comitati aziendali) abbiano voce in capitolo nella procedura di raccolta e monitoraggio dei dati. Ad esempio, nella definizione delle categorie di un sondaggio per garantire che i dipendenti appartenenti a minoranze possano 'riconoscersi' in tali categorie, nella definizione delle metriche di rendicontazione per garantire che queste possano portare a un cambiamento significativo e nella definizione delle misure di protezione dei dati (vedi sotto).

Protezione dei dati: Per ottenere la fiducia dei dipendenti, i principi di protezione dei dati, come la sicurezza dei dati, la minimizzazione dei dati e la privacy-by-design, devono essere pienamente attuati. Un'azienda dovrà presentare un protocollo di raccolta ed elaborazione dei dati al proprio consiglio di fabbrica e riceverne l'approvazione, specificando tutte le misure organizzative, contrattuali e tecniche che garantiscano la raccolta dei dati su base de-identificata e i controlli di accesso per garantire che l'accesso ai dati sia limitato a uno o due dipendenti del gruppo *diversity* al solo fine di generare statistiche.

Relazioni Nazionali

Di seguito forniamo una sintesi delle basi giuridiche disponibili ai sensi delle leggi di **Belgio**, Francia, Germania, Italia, Spagna e Paesi Bassi, e disponibili per la raccolta di dati sulla razza e l'origine etnica dei loro dipendenti ai fini del monitoraggio delle loro politiche DEI (**Finalità di monitoraggio DEI**). Si noti che in tutti i casi si applicano anche i principi generali di trattamento dei dati (come i requisiti di privacy-by-design), come indicato nella sezione 5.2, ma non vengono ripetuti qui.

BELGIO

Olivia Vansteelant & Damien Stas de Richelle, Laurius

Sintesi delle condizioni per il trattamento dei dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica

Ai sensi della legge belga non esiste né uno specifico obbligo per i datori di lavoro di raccogliere i dati che rivelano l'origine razziale o etnica dei propri dipendenti, né, tantomeno, un divieto in tal senso.

Le società che hanno la sede legale, o almeno una sede operativa, nella regione di Bruxelles, possono trattare legittimamente i dati personali relativi alla nazionalità o all'origine, per le finalità di monitoraggio DEI in base alla necessità di esercitare i propri diritti ed obblighi in materia di diritto del lavoro. Tutte le aziende possono trattare legittimamente i dati relativi alla razza o all'origine etnica per le finalità di monitoraggio DEI sulla base del consenso esplicito dei loro dipendenti. I datori di lavoro con un comitato aziendale devono consultarlo prima di attuare qualsiasi politica relativa al trattamento dei dati che rivelano l'origine razziale o etnica dei propri dipendenti, ma la legge non richiede l'approvazione del comitato aziendale.

Necessità di esercitare diritti ed obblighi in materia di diritto del lavoro (Art. 9, paragrafo 2, lettera b) GDPR). La base di questa eccezione si trova nella Decisione del Governo della Regione di Bruxelles del 7 maggio 2009 relativa ai piani di diversità e al marchio di diversità e nell'Ordinanza del Governo della Regione di Bruxelles del 4 settembre 2008 relativa alla lotta contro la discriminazione e la promozione della parità di trattamento nel settore del lavoro.

In base a questa Decisione, le aziende con sede legale, o almeno una sede operativa, nella regione di Bruxelles sono autorizzate a redigere un piano per la diversità per affrontare la questione della discriminazione nelle assunzioni e favorire la diversità sul luogo di lavoro. Attualmente non esistono normative simili nelle regioni Fiamminga e Vallona. Molte ONG fiamminghe sollecitano il governo ad attivarsi per creare un mercato del lavoro sostenibile ed inclusivo, con il monitoraggio e la rendicontazione come importanti basi per la valutazione della diversità. Queste chiedono al Governo fiammingo di impegnarsi a fondo sul tema prima delle elezioni del 2024.

Ai sensi di questa Decisione, i datori di lavoro possono analizzare il livello di diversità del proprio personale classificandolo in categorie, fra le quali quella della nazionalità o dell'origine. Pertanto, ai fini di detta classificazione possono raccogliere i dati sulla nazionalità o l'origine straniera. È possibile che i datori di lavoro raccolgano indirettamente dati che rivelano l'origine razziale o etnica a causa di un possibile collegamento con o interferenza tra le informazioni sulla nazionalità e l'origine. Tuttavia, la Decisione non riguarda i dati che rivelano l'origine razziale o etnica e, dunque, non vi sarebbe alcuna condizione che consenta tale raccolta ai sensi dell'art. 9, paragrafo 2, lettera b) del GDPR.

Consenso esplicito. La legge di attuazione belga non esclude espressamente la possibilità di trattare dati razziali o etnici sulla base del consenso dei dipendenti. Per tutte le altre finalità di trattamento dei dati relativi alla razza e all'origine etnica, i datori di lavoro possono quindi fare affidamento sul

consenso esplicito e sulla segnalazione volontaria da parte dei dipendenti. Si richiamano le condizioni su indicate nella sezione 5.1, in quanto applicabili anche al Belgio. Per garantire che il consenso sia effettivamente dato liberamente, la natura volontaria della segnalazione da parte dei dipendenti dovrebbe essere duplice: (1) l'atto di compilare un sondaggio o un questionario relativo alla propria razza o origine etnica dovrebbe essere volontario e (2) il sondaggio o il questionario dovrebbe includere opzioni che consentano al dipendente di rispondere con (l'equivalente di) "scelgo di non rispondere".

FRANCIA

Hélène Delabarre & Sylvain Naillat, Nomos, Société D'Avocats

Sintesi delle condizioni per il trattamento dei dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica

Secondo la legge francese, il trattamento dei dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica è vietato in linea di principio (i) da una disposizione generale della Costituzione francese e (ii) da alcune disposizioni specifiche della legge francese sulla protezione dei dati, che è anche la posizione pubblica dell'Autorità francese per la protezione dei dati (CNIL). La legge francese non riconosce alcuna categorizzazione delle persone in base alla loro (presunta) razza o etnia e il divieto di trattare dati razziali ed etnici è stato ribadito dalla Corte costituzionale francese in una decisione relativa a studi pubblici il cui scopo era quello di misurare gruppi di diversità/minoranza. Tuttavia, mentre i dati sulla razza e l'etnia non possono essere raccolti o elaborati, i criteri oggettivi relativi alle **origini** geografiche e/o culturali, come il nome, la nazionalità, il luogo di nascita, la lingua madre, ecc. possono essere presi in considerazione dai datori di lavoro per misurare la diversità e combattere la discriminazione.

In un documento pubblico del 2012⁶⁴ (che da allora non è mai stato smentito) la CNIL ha confermato che i datori di lavoro possono raccogliere e trattare dati su criteri oggettivi relativi all'"origine", come il luogo di nascita dell'intervistato e dei suoi genitori, la sua lingua madre, la sua nazionalità e quella dei suoi genitori, ecc. se tale trattamento è necessario per condurre studi statistici volti a misurare e combattere la discriminazione. La CNIL ritiene inoltre che, se necessario, si possano porre domande sull'autoidentificazione e su come l'intervistato si sente percepito dagli altri, in considerazione dello scopo della raccolta dei dati e di qualsiasi altra domanda posta. Si veda il documento della CNIL:

In conformità alla decisione della Corte costituzionale del 15 novembre 2007 e agli approfondimenti dei Cahiers du Conseil, gli studi sulla misurazione della diversità non possono, senza violare l'articolo 1 della Costituzione, basarsi sulle origini etniche o razziali delle persone. Si deve quindi evitare qualsiasi nomenclatura che possa essere interpretata come un riferimento etnico-razziale. **È tuttavia possibile affrontare il criterio dell'"origine" sulla base di dati oggettivi come il luogo di nascita e la nazionalità alla nascita dell'intervistato e dei suoi genitori, ma anche, se necessario, sulla base**

⁶⁴ https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_gui_20120501_egalite_chances_o.pdf.

di dati soggettivi relativi a come l'intervistato si auto-identifica o a come la persona si sente percepita dagli altri⁶⁵.

Sulla base delle linee guida della CNIL, sono stati condotti diversi studi pubblici basati sulla raccolta di informazioni ritenute ammissibili dalla CNIL, ossia (i) se gli intervistati si sono sentiti o meno discriminati in base alle loro origini o al colore della pelle; (ii) come l'intervistato si auto-identifica; e (iii) statistiche sulle origini geografiche e/o culturali degli intervistati⁶⁶. La trasmissione di qualsiasi informazione dovrebbe essere del tutto volontaria e le regole relative al consenso esplicito di cui alla sezione 5.1 precedente si applicano allo stesso modo in Francia. Qualsiasi domanda relativa alla raccolta di dati sulle origini geografiche e/o culturali deve essere obiettiva e, in assenza della necessità di identificare (direttamente o indirettamente) le persone, il processo di raccolta deve essere completamente anonimo.

GERMANIA

Hanno Timner, Morrison & Foerster

Base giuridica per il trattamento dei dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica

In base alla legge tedesca, non esiste né un obbligo legale specifico per i datori di lavoro di raccogliere dati sulla razza e l'origine etnica dei propri dipendenti, né, tantomeno un divieto generale di farlo.

I datori di lavoro in Germania possono legittimamente trattare i dati relativi alla razza e all'origine etnica per scopi di monitoraggio DEI sulla base (i) della necessità di esercitare i propri diritti e obblighi in materia di diritto del lavoro o (ii) del consenso esplicito dei propri dipendenti. Se il datore di lavoro ha un comitato aziendale, il comitato aziendale ha il diritto di codecisione per l'attuazione di indagini e questionari sulla diversità in conformità con la Sezione 94 della legge sui comitati aziendali (Betriebsverfassungsgesetz - "BetrVG") se le informazioni non sono raccolte in forma anonima e su base volontaria. Se le informazioni sono raccolte elettronicamente, il comitato aziendale può avere un diritto di codecisione ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, n. 6, BetrVG.

Necessità di esercitare diritti o obblighi in materia di diritto del lavoro. Ai sensi dell'articolo 26, paragrafo 3, della legge federale tedesca sulla protezione dei dati (Bundesdatenschutzgesetz - "BDSG"), il trattamento dei dati relativi alla razza e all'origine etnica nel contesto lavorativo è consentito solo se il trattamento è necessario al datore di lavoro per l'esercizio di diritti o per l'adempimento di obblighi legali derivanti dal diritto del lavoro, dalla previdenza sociale e dalla legge sulla protezione sociale, e non vi è motivo di ritenere che l'interessato abbia un interesse legittimo prevalente a non trattare i dati. Uno dei diritti del datore di lavoro deriva dalla Sezione 5 della Legge generale tedesca sulla parità di

⁶⁵ https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_gui_20120501_egalite_chances_o.pdf, p. 70.

⁶⁶ Questo articolo del sindacato dei lavoratori "CGT" fa riferimento a uno studio condotto dal "Défenseur des droits" (un ente pubblico) che in particolare è cofirmatario del documento del CNIL del 2012 citato nelle note 80 e 81. <https://www.cgt.fr/actualites/france/interprofessionnel/discriminations/le-defenseur-des-droits-denonce-un-racisme>. Si vedano anche i recenti studi condotti dalle istituzioni pubbliche INED e INSEE: https://te.o.site.ined.fr/fichier/s_rubrique/29262/te02_questionnaire.fr.pdf.

trattamento (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - "AGG"), secondo la quale i datori di lavoro hanno il diritto di adottare misure positive per prevenire e fermare la discriminazione per motivi di razza o etnia. Come prerequisito per l'adozione di tali misure, i datori di lavoro possono raccogliere dati per identificare le proprie esigenze in materia di DEI.

Consenso esplicito. Per tutte le altre finalità di trattamento dei dati relativi alla razza e all'origine etnica, i datori di lavoro dovranno fare affidamento sul consenso esplicito e sulla segnalazione volontaria da parte dei dipendenti. Facciamo riferimento alle condizioni per il consenso esplicito indicate sopra nella sezione 5.1, in quanto si applicano allo stesso modo in Germania. Inoltre, l'articolo 26, al paragrafo 2, del BDSG specifica che il livello di dipendenza del dipendente nel rapporto di lavoro e le circostanze in cui il consenso è stato dato devono essere presi in considerazione per valutare se il consenso del dipendente è stato dato liberamente. Secondo l'articolo 26, paragrafo 2, del BDSG, il consenso può essere dato liberamente, in particolare, se è associato a un vantaggio legale o economico per il dipendente o se il datore di lavoro e il dipendente perseguono gli stessi interessi. Ciò può avvenire se la raccolta dei dati va a vantaggio anche dei dipendenti, ad esempio se porta all'istituzione di una gestione DEI completa all'interno dell'azienda del datore di lavoro.

ITALIA

Marco Tesoro, Tesoro & Partners

Sintesi delle condizioni per il trattamento dei dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica

Il Codice in materia di protezione dei dati personali (**CPDP**) regola il trattamento dei dati personali di cui all'art. 9 del GDPR, statuendo che la base giuridica per il trattamento di tali dati debba essere costituita da una norma di legge o di regolamento (art. 2-ter (1), CPDP) o da motivi di interesse pubblico rilevante. Nell'ordinamento italiano non è stata implementata una specifica base giuridica per il trattamento dei dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica per motivi di interesse pubblico.

Consenso esplicito. Facciamo riferimento alle condizioni per il consenso esplicito di cui alla precedente sezione 5.1, che trovano applicazione anche nell'ordinamento italiano. Il CPDP non esclude espressamente la possibilità di trattare i dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica sulla base del consenso dei dipendenti. I datori di lavoro intenzionati a raccogliere e trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica sulla base del consenso dei dipendenti ai sensi dell'art. 9 del GDPR, ad ogni modo, devono assicurarsi che il consenso sia fornito liberamente e, se possibile, coinvolgere le associazioni sindacali alle quali siano associati (nonché le rappresentanze sindacali aziendali o unitarie, se presenti). Le associazioni sindacali dovrebbero essere in grado di i) accertare e certificare che il consenso dei dipendenti sia stato fornito liberamente; e ii) assicurare che i dipendenti siano pienamente consapevoli dei propri diritti e delle conseguenze della cessione di tali dati. Se i datori non sono associati ad alcuna associazione sindacale, possono informare le rappresentanze territoriali delle associazioni sindacali che hanno sottoscritto il contratto collettivo (CCNL) eventualmente applicato. Inoltre, i datori devono assicurarsi che sia data ai dipendenti la possibilità di rispondere "*preferisco non comunicarlo*".

Statuto dei Lavoratori. È utile ricordare che ai sensi della legge italiana vi è un generale divieto di raccogliere informazioni non strettamente necessarie a valutare la capacità professionale del dipendente. Ai sensi dell'art. 8, Legge 23 maggio 1970, n. 300 "Statuto dei Lavoratori", i dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica non possono essere raccolti o utilizzati dai datori per decidere se assumere o meno un candidato o per gestire alcun termine del rapporto di lavoro.

SPAGNA

Laura Castillo, Gómez-Acebo e Pombo

Sintesi delle condizioni per il trattamento dei dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica

Ai sensi della Legge organica 3/2018 del 5 dicembre sulla protezione dei dati personali e la garanzia dei diritti digitali (SDPL), vi è un divieto generale di raccogliere informazioni sulla razza e l'origine etnica a meno che: (i) vi sia un obbligo legale in tal senso (ai sensi dell'articolo 9 della SDPL); o (ii) i dipendenti abbiano fornito il loro consenso esplicito (sebbene quest'ultima ipotesi non sia priva di rischi).

Adempimento di un obbligo legale. La Legge generale 15/2022 del 12 luglio sulla parità di trattamento e la non discriminazione (la "**Legge sulla Parità di Trattamento**") garantisce e promuove il diritto alla parità di trattamento e alla non discriminazione. Questa legge stabilisce espressamente che non si possono fare limitazioni, segregazioni o esclusioni sulla base dell'origine etnica o razziale, cioè nessuno può essere discriminato per motivi di razza o etnia. In questo contesto, tutte le misure di discriminazione positiva attuate a seguito della legge sulla parità di trattamento sono state incluse nei contratti collettivi di lavoro (**CBA**) o nei contratti collettivi concordati con i sindacati o con i rappresentanti dei lavoratori interessati. Laddove il CBA preveda l'obbligo di raccogliere dati razziali ed etnici dai dipendenti, i datori di lavoro possono farlo, in quanto si tratta di un obbligo di legge. Nei casi in cui il CBA non richieda specificamente la raccolta di questo tipo di informazioni, i datori di lavoro possono cercare di includere tale disposizione nei termini dell'ACB o di un contratto collettivo e collaborare con i sindacati o i rappresentanti legali a tal fine, oppure adottare un approccio alternativo e affidarsi al consenso esplicito, come illustrato di seguito.

Consenso esplicito. In linea di principio, il consenso di un dipendente non è di per sé sufficiente a far decadere il divieto generale di trattamento dei dati sensibili ai sensi dell'SDPL. Tuttavia, uno degli obiettivi principali del divieto ai sensi dell'SDPL è quello di evitare la discriminazione. Pertanto, se lo scopo della raccolta è quello di promuovere la diversità, si può sostenere (anche se questo non è stato ancora testato in Spagna) che i datori di lavoro possono fare affidamento sul consenso esplicito, e facciamo riferimento alle condizioni per il consenso esplicito di cui alla sezione 5.1, in quanto si applicano allo stesso modo in Spagna. Oltre alle condizioni di cui alla sezione 5.1, la giurisprudenza spagnola ha stabilito che il livello di dipendenza del dipendente all'interno del rapporto di lavoro e le circostanze in cui il consenso viene dato devono essere presi in considerazione per valutare se il consenso del dipendente è stato dato liberamente. Pertanto, non è consigliabile che i datori di lavoro ottengano o trattino i dati razziali ed etnici dei propri dipendenti durante il processo di reclutamento o di

assunzione, o prima della fine del periodo di prova, a meno che il contratto collettivo di lavoro non disciplini la questione in modo diverso. I datori di lavoro devono inoltre assicurarsi che ai dipendenti sia data la possibilità di rispondere “preferisco non comunicarlo” e garantire che siano in grado di dimostrare che il consenso sia veramente volontario, come spiegato nella sezione 5.1.

PAESI BASSI

Marta Hovanesian, Morrison & Foerster

Sintesi delle condizioni per il trattamento dei dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica

Secondo la legge olandese, non esiste un obbligo legale specifico per i datori di lavoro di raccogliere dati sulla razza e l'origine etnica dei propri dipendenti, né un divieto generale per i datori di lavoro di raccogliere tali dati.

I datori di lavoro nei Paesi Bassi possono trattare legittimamente i dati relativi alla razza e all'origine etnica dei loro dipendenti per scopi di monitoraggio DEI sulla base di (i) un interesse pubblico sostanziale in conformità con la legge olandese o (ii) il consenso esplicito dei dipendenti. I datori di lavoro con un comitato aziendale devono assicurarsi che il loro comitato aziendale approvi qualsiasi politica relativa al trattamento dei dati sulla parità.

Interesse pubblico sostanziale. I Paesi Bassi hanno implementato le condizioni dell'articolo 9, paragrafo 2, del GDPR per il trattamento dei dati relativi alla razza e all'origine etnica nella legge di attuazione del GDPR (la “legge di attuazione olandese”). Più specificamente, l'articolo 25 della legge di attuazione olandese stabilisce che i dati relativi alla razza e all'origine etnica (limitatamente al paese di nascita e ai paesi di nascita dei genitori o dei nonni) possono essere trattati (sulla base di un interesse pubblico sostanziale) se il trattamento è necessario per ripristinare una posizione svantaggiata di un gruppo minoritario e solo se la persona non si è opposta al trattamento. Per fare affidamento su questa condizione è necessario che il datore di lavoro, tra le altre cose, (i) dimostri che determinati gruppi di persone hanno una posizione svantaggiata; (ii) attui una politica aziendale più ampia volta a ripristinare tale svantaggio; e (iii) dimostri che il trattamento dei dati relativi alla razza e all'etnia è necessario per l'attuazione e l'esecuzione di tale politica.

Consenso esplicito. I datori di lavoro possono raccogliere i dati relativi alla razza e all'etnia dei propri dipendenti per le finalità di monitoraggio DEI sulla base di un consenso esplicito e di una segnalazione volontaria da parte dei dipendenti. Le condizioni per il consenso indicate nella sezione 5.1 si applicano allo stesso modo nei Paesi Bassi.

Barometro della diversità culturale. Si noti che i datori di lavoro olandesi con più di 250 dipendenti hanno la possibilità di richiedere a *Statistics Netherlands* informazioni DEI sulla propria azienda. Su richiesta del Ministero degli Affari Sociali e del Lavoro, *Statistics Netherlands* ha creato il “Barometro della diversità culturale”. Il Barometro consente ai datori di lavoro di rivelare alcuni dati personali non sensibili a *Statistics Netherlands* che, a sua volta, riferirà ai datori di lavoro interessati una panoramica

statistica e anonima della diversità culturale dell'azienda (ad esempio, la percentuale di dipendenti con (i) background olandese, (ii) background migratorio occidentale e (iii) background migratorio non occidentale). Statistics Netherlands può fornire informazioni sulla diversità culturale sia all'interno dell'intera organizzazione che di specifici dipartimenti dell'organizzazione (a condizione che i singoli dipartimenti abbiano più di 250 dipendenti).