

Quando l’algoritmo discrimina

di Alberto Piccinini

Tribunale di Bologna - Sezione Lavoro, 31 dicembre 2020 (ordinanza)

(est. Zompi)

Il caso riguarda una nota società multinazionale che utilizza “ciclofattorini” attraverso una piattaforma digitale per la consegna a domicilio di cibo e bevande. Detta società ha dato rilevanza – fino a poco prima che il Tribunale si pronunciasse – a criteri di “affidabilità e partecipazione” nella prenotazione delle (e quindi l’accesso alle) sessioni di lavoro. Ciò ha comportato un peggioramento del ranking reputazionale in caso di assenza nella zona di consegna e mancato collegamento causa adesione ad astensioni dal lavoro (sciopero) o altre cause legittime (malattia, esigenze legate ad un figlio minore). Il Tribunale di Bologna ha conseguentemente accertato la sussistenza di discriminatorietà, ha riconosciuto la legittimazione ad agire di un sindacato di sicura rappresentatività a livello nazionale e il suo diritto al risarcimento del danno previsto dal procedimento antidiscriminatorio

Le domande proposte e lo svolgimento del processo

Con ricorso proposto da tre categorie della CGIL di Bologna (Trasporti, Terziario e NIDL) veniva convenuta in giudizio, innanzi al Tribunale di Bologna, Deliveroo Italia s.r.l., società che utilizza i rider per la consegna del cibo al domicilio, per l’accertamento della natura discriminatoria delle condizioni di accesso alle sessioni di lavoro tramite la sua piattaforma digitale.

Le organizzazioni sindacali - dopo aver evidenziato la maggior rappresentatività della CGIL, il suo essere componente del CNEL e firmataria della Carta dei diritti dei rider di Bologna e di avere tra i propri iscritti lavoratori che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, con l’ausilio di biciclette o ciclomotori tramite piattaforme digitali - descrivevano puntigliosamente il modello organizzativo per la distribuzione del lavoro tra i rider (qualificati dalla società come “prestatori d’opera autonomi”) che si sono resi preventivamente disponibili prenotando sessioni di lavoro, attraverso una piattaforma digitale. Rilevavano che il sistema di prenotazione delle sezioni di lavoro era basato su un punteggio - attribuito dall’algoritmo a ciascun rider ed elaborato su parametri di “affidabilità e partecipazione” - tramite “statistiche” che segnalavano condotte ritenute “negligenti” (come l’annullamento della prenotazione della sessione con un preavviso inferiore alle 24 ore). Le organizzazioni sindacali evidenziavano che tale sistema - che limitava le occasioni di lavoro - era stato introdotto dalla società come misura organizzativa in coincidenza con le prime iniziative di astensione dal lavoro attuate dai rider autorganizzati negli anni 2017/2018. Conseguentemente lamentavano che l’algoritmo della Piattaforma comportasse conseguenze discriminatorie nei parametri di elaborazione del ranking cd. reputazionale senza considerare la causa che dava luogo al mancato rispetto della sessione prenotata e chiedevano *l’accertamento*, anche ai sensi delle direttive comunitarie, del carattere discriminatorio della condotta e della prassi aziendale della società, *ordinando* alla stessa di modificare le condizioni di accesso alle sessioni di lavoro e comunque di prenotazione attraverso l’adozione di modifiche al sistema che impediscano gli effetti discriminatori sul diritto di sciopero, sullo stato di malattia legata handicap e condizioni familiari indicati nel ricorso e *condannando* al risarcimento del danno non patrimoniale causato in misura adeguata, proporzionata e dissuasiva da determinarsi in via equitativa.

Per tutta risposta la Società affermava che l’«algoritmo denominato Frank» era totalmente estraneo

al sistema di prenotazione opzionale delle sessioni, essendo un algoritmo di assegnazione, che nulla aveva a che fare con le statistiche e che il sistema permetteva ai rider di gestire in autonomia il proprio tempo per esigenze di vita e di attività (anche sindacale).

Nel corso del processo, nell'imminenza della decisione, la società dichiarava che «il sistema (opzionale) di prenotazione per cui è causa («SSB» con accessi scaglionati nel tempo secondo i parametri più volte ricordati) non esiste più. Dal 2 novembre 2020 [...] le prenotazioni stesse scompaiono e le statistiche non hanno più alcun impatto sull'accesso alle prenotazioni» anche per ottenere una pronuncia di “cessazione della materia del contendere” ma la Giudice riteneva che restasse invariato l'interesse delle organizzazioni sindacali ad accertare il carattere discriminatorio del meccanismo, nonché al risarcimento del danno consequenziale.

Sulla qualificazione del rapporto ai fini dell'applicabilità della tutela antidiscriminatoria

Ciò premesso, l'ordinanza affronta il problema dell'applicabilità della normativa antidiscriminatoria invocata dalle organizzazioni sindacali ricorrenti anche ai rider, risolvendolo nel senso della sua applicabilità a prescindere dalla qualificazione del rapporto (se subordinato o autonomo, anche occasionale).

Richiama, infatti, le disposizioni di cui all'art. 2 del decreto legislativo n. 81 del 2015 (Jobs Act), come modificato dalla legge di conversione dal decreto legge n. 101 del 2019 (Decreto Dignità), evidenziando proprio la rilevanza di tali modifiche applicabili ai rapporti di collaborazione continuativa, prevalentemente personali, organizzate dal committente.

La norma riconosce a questi lavoratori che, anche se non risultano “subordinati” sono pur sempre “etero-organizzati”, *l'applicazione integrale* della disciplina del rapporto di lavoro subordinato: principio pienamente recepito dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 1663/2020 relativa ai rider di Foodora, nella quale ha precisato che si tratta «di una scelta di politica legislativa volta ad assicurare al lavoratore la stessa protezione di cui gode il lavoro subordinato, in coerenza con l'approccio generale della riforma, al fine di tutelare prestatori evidentemente ritenuti in condizione di “debolezza” economica, operanti in una “zona grigia” tra autonomia e subordinazione, ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea». La stessa Corte aggiunge che l'intento protettivo del legislatore appare confermato dalla riforma del 2019, «la quale va certamente nel senso di rendere più facile l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, stabilendo la sufficienza - per l'applicabilità della norma - di prestazioni “prevalentemente” e non più “esclusivamente” personali, menzionando esplicitamente il lavoro svolto attraverso piattaforme digitali e, quanto all'elemento della “etero-organizzazione”, eliminando le parole “anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”, così mostrando chiaramente l'intento di incoraggiare interpretazioni non restrittive di tale nozione».

Forte di questo precedente il Tribunale di Bologna ritiene superfluo ogni ulteriore approfondimento sulla qualificazione del rapporto di lavoro tra rider e piattaforma, in termini di subordinazione o autonomia, rammentando che un'altra norma del decreto legislativo 81 del 2015 (l'art. 47 *quinquies*, 1° comma) estende anche ai «lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore (...) attraverso piattaforme anche digitali (...)» la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma». La tutela antidiscriminatoria è quindi estesa anche agli “autonomi puri”, con prestazione occasionale e non continuativa.

Quanto poi alla possibilità di includere nell'espressione “convinzioni personali”, di cui all'art. 1 decreto legislativo n. 216/2003, la discriminazione per motivi sindacali, il Tribunale di Bologna richiama la recente pronuncia della Suprema Corte n. 1/2020, che ha confermato - in un diverso caso - l'orientamento inaugurato dal Tribunale di Roma e dalla Corte d'Appello di Roma pronunciatesi sulle discriminazioni FIAT a Pomigliano.

Discriminazione diretta e indiretta nella normativa nazionale e per la CEDU

Il Tribunale, dopo aver richiamato la nozione di discriminazione sia *diretta* che *indiretta* stabilita dall'art. 2 del decreto legislativo n. 216 del 2003, evidenzia che nel caso di *discriminazione indiretta* la disparità vietata è *l'effetto* di un comportamento *corretto in astratto* ma che determina una situazione di disparità quando è destinato a produrre i suoi effetti nei confronti di un soggetto con particolari caratteristiche, che costituiscono il fattore di rischio della discriminazione.

La Giudice cita la Corte EDU secondo cui «una differenza di trattamento può consistere nell'effetto sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, se pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione nei confronti di un determinato gruppo»: ciò significa che è atta ad integrare discriminazione anche una condotta che, solo sul piano astratto, impedisce o rende maggiormente difficoltoso l'accesso all'occupazione, come in casi analoghi sottoposti all'esame della Corte di Giustizia, citati dal Tribunale di Bologna.

Sull'onere della prova

Nel processo civile vige la regola generale secondo la quale chi invoca un diritto nelle aule di giustizia è tenuto a dimostrare le circostanze di fatto su cui si basa la sua domanda giudiziaria: è il cosiddetto “onere della prova”, che quindi comunemente è in capo a chi fa ricorso (ricorrente). Il Tribunale di Bologna applica però, nel caso specifico, le disposizioni in materia di distribuzione dell'onere della prova di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, in applicazione delle direttive in materia, secondo le quali nell'ambito del giudizio antidiscriminatorio il ricorrente ha soltanto l'onere di fornire elementi di fatto, anche di carattere statistico, idonei a far presumere l'esistenza di una discriminazione: qualora il dato statistico fornito dal ricorrente indichi una condizione di svantaggio per un gruppo di lavoratori, è onere del datore di lavoro dimostrare che le scelte sono state invece effettuate secondo criteri oggettivi e non discriminatori. Quando il ricorrente allega e dimostra circostanze di fatto dalle quali possa desumersi per inferenza che la discriminazione ha avuto luogo, scatta l'onere per il datore di lavoro di dimostrare l'insussistenza della discriminazione: nel regime speciale applicabile nei giudizi antidiscriminatori, si configuri un'inversione, seppure parziale, dell'onere probatorio.

L'esito dell'istruttoria

Da un'attenta lettura dei contratti “di collaborazione” e del sito ufficiale della società, sono risultate pacifiche alcune circostanze di fatto - peraltro confermate dagli informatori indicati dalle parti - relative al sistema di prenotazione settimanale «SSB» (Self-Service Booking) delle sessioni di lavoro (cd. slot) in cui i rider intendono ricevere proposte di servizi, sistema che prevede(va) l'accesso al Calendario in tre orari diversi: a partire dalle ore 11.00 del lunedì, a partire dalle ore 15.00 oppure a partire dalle ore 17.00 dello stesso giorno. Parimenti è risultato che «*far parte della prima fascia è (era) incentivante, perché si ha accesso prima alle prenotazioni quindi si hanno più possibilità di scelta degli slot*» (teste aziendale).

Su un punto controverso - e cioè se la cancellazione tardiva, in Italia, produce(va) conseguenze sulle statistiche - la Giudice censura «la mancata allegazione e prova, da parte della società resistente, del concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo che elabora le statistiche dei rider preclude in radice una più approfondita disamina della questione» e il fatto che, al di là di un generico riferimento ai parametri della *affidabilità* e *partecipazione*, la società non abbia mai chiarito quali specifici criteri di calcolo venissero adottati per determinare le statistiche di ciascuna rider, semplicemente trincerandosi dietro una asserita “incoscienza” del programma di elaborazione delle statistiche di ciascun rider.

Ma qui, per il Tribunale, alberga la potenzialità discriminatoria dello stesso: «Perché il considerare

irrilevanti i motivi della mancata partecipazione alla sessione prenotata o della cancellazione tardiva della stessa (...) implica necessariamente riservare lo stesso trattamento a situazioni diverse, ed è in questo che consiste tipicamente la discriminazione indiretta» smentendo così - si aggiunge - quella retorica sulla neutralità dei processi produttivi e degli strumenti tecnologici. La discriminazione, dunque, va ravvisata nella cecità dell'algoritmo, che riduce le future occasioni di accesso al lavoro a chi non partecipa alla sessione prenotata per futili motivi esattamente come a chi non partecipa perché sta scioperando (in altra parte dell'ordinanza si citano sentenze di Cassazione che riconoscono legittimità allo sciopero senza preavviso), o perché è malato, o portatore di un handicap, o assiste un soggetto portatore di handicap o un minore malato etc.

Il sistema di accesso alle prenotazioni (SSB) adottato dalla società ha realizzato quindi non una discriminazione diretta, ma «una discriminazione indiretta, dando applicazione a una disposizione apparentemente neutra (la normativa contrattuale sulla cancellazione anticipata delle sessioni prenotate) che però mette una determinata categoria di lavoratori (quelli partecipanti a iniziative sindacali di astensione dal lavoro) in una posizione di potenziale particolare svantaggio». A fronte di ciò, era onere della società provare la finalità legittima e il carattere di appropriatezza e necessità dei mezzi impiegati per conseguirla ma non lo ha fatto, essendosi limitata, nell'imminenza della decisione, a comunicare che quel sistema non esisteva più «dal 2 novembre 2020»■ .

Sui provvedimenti adottati

Preso atto di quanto sopra, il Tribunale riconosce di non poter ordinare la cessazione del comportamento illegittimo, bensì, soltanto, la rimozione dei relativi effetti. A tale scopo ha disposto di ordinare alla società la pubblicazione dell'ordinanza sul proprio sito internet e nell'area "domande frequenti" della piattaforma e la pubblicazione di un estratto del provvedimento, a spese della società, su un quotidiano di tiratura nazionale.

Quanto alla domanda risarcitoria, prevista dal procedimento antidiscriminatorio, il Tribunale, nel richiamare la giurisprudenza della Suprema Corte a Sezioni Unite secondo cui «accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto del risarcimento del danno (che immancabilmente lambisce la deterrenza), ne emerge una (...) preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva», segnala la possibilità per il legislatore nazionale di configurare "danni punitivi" come misura di contrasto della violazione del diritto.

Il nostro ordinamento giuridico, a differenza di quello anglosassone, non ha grande dimestichezza con l'istituto dei danni punitivi, ma la giudice bolognese giustamente evidenzia che il danno previsto nel procedimento antidiscriminatorio ha natura di danno comunitario, e quindi il relativo risarcimento «deve determinarsi in conformità ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità, dissuasività (...), quale danno presunto e con valenza sanzionatoria (...)» e che «una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace della direttiva».

Ciò premesso, il Tribunale accerta anche il diritto al risarcimento del danno subito dall'organizzazione sindacale che ha promosso la causa come un danno proprio, «a fronte di condotte che oltre a incidere sulla sfera soggettiva di ciascuna vittima, sono, come quella in discorso, idonee a inficiare la capacità rappresentativa dell'Ente in relazione all'interesse protetto e dunque a indebolirne l'efficacia di azione a scapito dell'intera collettività», quantificandolo in 50.000 euro.