



Articolo redatto a cura dell'Avv. Gianluca Di Ascenzo del Dott. ric. Luca Christian Natali¹, del Dott. Marco Trombadore e dell'Avv. Sergio Aracu

La tematica delle “chiamate” o comunicazioni di disturbo ai soggetti interessati/consumatori è ormai da anni elemento di dibattito nonché oggetto di interventi normativi e di attività - istruttoria e/o sanzionatoria - da parte e delle diverse Autorità, ad esempio dell’Autorità Garante per la Protezione dei dati personali e dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in ragione delle proprie competenza e funzioni²³.

In attesa dell’eventuale approvazione del Codice di condotta per il telemarketing, con l’auspicio di una fattiva ed efficace cooperazione fra tutti gli stakeholders nel presente contributo, a più mani, si prendono in considerazione alcuni passaggi logico-giuridici emergenti dalla ‘giurisprudenza’ del Garante. In un recente provvedimento del Garante Privacy si legge: “I dati di cui sopra evidenziano il considerevole impatto che le attività di XY, in massima parte portate all’attenzione con riferimento al telemarketing e all’invio di messaggi promozionali, assumono nella complessiva attività dell’Ufficio: già soltanto dall’esame dei numeri sopra riportati non può non evidenziarsi che, per una importante quota di utenti (la maggior parte dei quali, non si rivolge all’Autorità con segnalazioni e reclami) le attività promozionali così come impostate rappresentano un’intrusione nella sfera della propria riservatezza, allo stato difficilmente arginabile.” [Provvedimento del 12 novembre 2020, Registro dei provvedimenti n. 224 del 12 novembre 2020 doc. web n. 9485681], a cui

¹ Le opinioni s’intendono formulate a titolo meramente personale e non impegnative in alcun modo per l’amministrazione di appartenenza.

² Si vedano, ad esempio, i procedimenti avviati nel 2017, PS10160 e PS10161, dell’AGCM, definiti, poi, con l’adozione di impegni da parte delle società interessate (Bollettino Settimanale Anno XXVII - n. 49).

³ Si vedano gli interventi del Garante privacy pubblicati alla pagina

<https://www.garanteprivacy.it/temi/telemarketing/l-azione-del-garante-contro-le-telefonate-indesiderate>

possiamo/dobbiamo aggiungere la lesione di un altro rilevante diritto fondamentale della persona, quello alla tranquillità individuale.

Il Garante privacy, nella Relazione sull'attività svolta nel 2019, aveva già evidenziato quanto segue: *“Si segnala infine che l’Autorità, nell’ambito del provvedimento (doc. web n. 9256486, Registro dei provvedimenti n. 7 del 15 gennaio 2020, n.d.r.), adottato nei confronti di Tim spa, è intervenuta, con approccio anche innovativo, su questioni fattuali e giuridiche alquanto dibattute dagli operatori del settore, quali: il legittimo interesse al marketing, stabilendo che, in conformità a quanto previsto dal RGPD, questa base giuridica può sostituire il consenso solo ricorrendo certe condizioni ed entro certi limiti; la possibile contitolarità del trattamento fra committente della campagna promozionale e call center incaricati del loro svolgimento; l’utilizzo di numeri “fuori lista”, con particolare riferimento ai soggetti lead (ossia soggetti che abbiano rilasciato i propri dati in un determinato form online oppure abbiano chiesto di essere ricontattati dall’operatore) e a quelli cd. referenziati (numerazioni cioè “suggerite” da soggetti presenti in liste di utenze contattabili); la (non) negoziabilità del consenso al trattamento (in particolare, per le finalità promozionali).⁴*

Nella Relazione annuale 2019, inoltre, si legge: *“La dimensione assunta dal fenomeno del cd. marketing selvaggio e la sua persistenza in termini sostanzialmente immutati (come risulta dall’analisi delle ultime Relazioni), ha indotto l’Autorità ad inviare il 19 aprile 2019 un corposo ed articolato appunto alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, in ordine al menzionato fenomeno del marketing selvaggio, con particolare riferimento alle telefonate promozionali, contenente una puntuale ricostruzione storica della complessa e variegata attività messa in atto dall’Autorità (provvedimenti inibitori e prescrittivi; provvedimenti generali e linee guida; ordinanze di ingiunzione per la contestazione delle correlate sanzioni) e una disamina delle principali criticità riscontrate, peraltro corredata da un prospetto sulle maggiori sanzioni inflitte nell’ultimo periodo.”⁵*

Ciò ad attestare la valenza plurioffensiva del famigerato fenomeno del telemarketing che, ove condotto al di fuori dei binari di legge, può interessare, e soprattutto pregiudicare, molteplici diritti fondamentali e beni giuridici, come la protezione dei dati, ma anche la riservatezza domestica, la tranquillità individuale e la stessa libertà contrattuale dei consumatori.

Dopo questa premessa, appare utile chiarire che lo spunto del presente contributo nasce dall’analisi di un interessante provvedimento dell’Autorità Garante per la protezione dei dati personali, che, se letto con la dovuta attenzione, fornisce elementi di valutazione importanti per l’inquadramento di ruoli, funzioni e responsabilità in ambito privacy, connesse in modo importante con le pronunce dell’Autorità stessa, dal Working Party art. 29 (nel prosieguo, per brevità “WP29”), e poi dallo Europea Data Protection Board (nel prosieguo, per brevità, “EDPB”). Questi elementi sono da considerarsi cardine non solo in tema di protezione dati personali ma per ogni aspetto di *compliance* in termini assoluti.

Il Provvedimento del 18 dicembre 2019 [9220727].

Abstract dell’accaduto e di quanto verificato dall’ Autorità Garante Privacy

Prendiamo ora in considerazione un importante provvedimento dell’Autorità Garante per la protezione dei dati personali dato che nello stesso L’Autorità esamina più punti salienti nella

⁴ Pag. 123 della Relazione citata

⁵ Pag. 119 della Relazione citata; si vedano anche Relazione annuale 2019 - Discorso del Presidente, pagg. 10 e 11.

diffusa prassi del telemarketing e le relative interessanti argomentazioni logico-giuridiche.

Argomentazioni che sottendono criticità tuttora rinvenibili, e quindi decisamente attuali, oltre che di sicuro ostacolo ad una corretta attività di telemarketing.

- A) Nell'ambito di una generale istruttoria volta a verificare l'osservanza delle disposizioni in materia di trattamento dei dati personali nelle attività di telemarketing, nonché per acquisire informazioni in merito alle concrete modalità di controllo sulla filiera, adottate dai principali committenti, è stato effettuato un accertamento ispettivo presso la società che chiameremo **Alpha servizi**, fornitore di servizi per conto di diversi committenti, tra cui quella che chiameremo **società Beta**. In particolare, la Società Alpha offre il servizio di vendita, tramite call center, di prodotti e servizi erogati da diversi committenti utilizzando i dati di contatto che gli stessi interessati hanno fornito, attraverso vari canali, al fine di essere richiamati direttamente dalla medesima Società per avere maggiori informazioni sulle offerte di loro interesse. La Società in questione opera principalmente pubblicando le offerte dei diversi operatori di telefonia, tv e utilities sul proprio sito web di comparazione di prezzi, dove i soggetti interessati possono prendere visione dell'informativa sul trattamento dei dati personali e possono inserire i propri dati per essere richiamati. Inoltre, la società si avvale di fornitori di servizi di call center che effettuano una prima chiamata promozionale a soggetti presenti all'interno di proprie liste,
- B) Questa attività viene effettuata tramite l'uso di dati personali di soggetti interessati acquisiti tramite vari canali da Alpha servizi stessa. L'Autorità ha verificato che gli stessi interessati hanno fornito i propri dati e hanno acconsentito al loro uso per finalità di comunicazione commerciale, attraverso vari canali, al fine di essere richiamati direttamente dalla Alpha servizi per avere maggiori informazioni sulle categorie o offerte specifiche di loro interesse.
- C) L'Autorità ha indicato nel provvedimento citato che di regola la società *Alpha servizi* opera principalmente pubblicando le offerte dei diversi operatori di telefonia, tv e utilities sul proprio sito web. Da tale canale i soggetti interessati potevano prendere visione dell'informativa di Alpha sul trattamento dei dati personali e potevano inserire i propri dati per essere richiamati.
- D) È stato rilevato che *Alpha servizi* si avvaleva anche di fornitori call center, che effettuano una prima chiamata promozionale ai soggetti presenti all'interno delle proprie liste, fornendo una propria informativa; una volta acquisita un'eventuale manifestazione di interesse ad essere richiamati da *Alpha servizi*, i dati venivano comunicati a quest'ultima.
- E) Un servizio analogo a quello precedentemente indicato era offerto alla Alpha servizi da società che effettuano il primo contatto promozionale inviando messaggi via sms o e-mail a soggetti presenti all'interno di proprie liste; anche in questo caso, venivano comunicati a Alpha servizi solo i dati di coloro che hanno acconsentito ad essere richiamati.
- F) L'Autorità ha verificato che nei contratti sottoscritti fra Alpha servizi e i partner, con riguardo al trattamento dei dati personali, le parti si qualificano come autonomi titolari.
- G) I dati acquisiti in questa prima fase da Alpha servizi erano caricati direttamente all'interno del sistema CRM (Customer Relationship Management) di *Alpha servizi stessa*. Il sistema tecnologico effettuava poi lo smistamento delle liste prodotte per fornirle agli operatori dei call center incaricati da Alpha servizi di richiamare i soggetti che avevano espresso un interesse in tal senso (NDR le liste chiamate sono quelle implementate da *Alpha servizi*, secondo le procedure sopra riportate).

- H) È stato verificato che, per le chiamate di cui al punto G), Alpha servizi, si avvaleva sia di call center propri sia di partner che operano in qualità di responsabili del trattamento. In questa fase, gli operatori chiamavano **in nome e per conto di Alpha servizi**.
- I) Se, all'esito dei contatti sopra richiamati, l'interessato contattato decideva di aderire ad una delle offerte proposte, l'operatore effettuava la registrazione di un *vocal order*, sulla base delle istruzioni e degli script forniti dal relativo committente (quindi anche la società Beta) e provvedeva ad inserire i dati per l'attivazione del contratto direttamente nei sistemi messi a disposizione dal committente stesso.
- J) Nel corso dell'accertamento è stata acquisita anche la copia del contratto di agenzia concluso tra *Alpha servizi* con la committente *Beta*, al quale era allegata la nomina a responsabile del trattamento di Alpha servizi in relazione ai trattamenti di conclusione di contratti tramite *Vocal Order*. Per tali dati il committente *Beta* è inequivocabilmente Titolare del Trattamento (i contratti sono contratti a proprio nome, definisce i costi, riceve i pagamenti, eroga direttamente i servizi, risponde direttamente di eventuali disservizi, effettua la fatturazione attiva, etc.etc.). Si precisa che il contratto valutato dall'Autorità è del 2017, quindi la terminologia utilizzata è ancora quella riferibile al Codice Privacy, oggi individueremmo tale atto con termini tecnici più consoni all'art.28 del Regolamento generale UE 2016/679 (c.d. GDPR).
- K) Dall'esame di tale contratto, l'Autorità ha evinto che l'attività commissionata consiste nella vendita telefonica di prodotti e servizi di *Beta* con la possibilità di avvalersi anche di liste di clienti fornite da *Beta* stessa. Nello stesso contratto, inoltre, è espressamente indicato il divieto di trasferimento dei dati verso Paesi extra-UE senza previa autorizzazione scritta di Beta (questo elemento è essenziale per quanto si dirà in seguito).
- L) Nel corso dell'accertamento si è inoltre verificato che la *Alpha servizi*, in determinati casi e per determinate operazioni, si è avvalsa di un Call Center terzo, sito in Albania, in particolare per ricontattare i soggetti che abbiano mostrato un interesse per le offerte ricevute; a questa ha affidato, inoltre, servizi di back office quali la verifica dei vocal order e l'inserimento dei dati contrattuali nei sistemi dei committenti.
- M) Dalle dichiarazioni rese a verbale, come riportato dall'Autorità, risulta che *Alpha servizi* si è avvalsa di attività di un Call Center sito in spazio Extra-UE anche per lo svolgimento delle attività commissionate dalla XX senza ottenere un'autorizzazione per iscritto (elemento essenziale per quanto si dirà in seguito).

Le considerazioni dell'Autorità'

L'Autorità ha analizzato le attività attuate dalla *Alpha servizi*, ed ha indicato in modo molto chiaro e lineare che si possono suddividere, con riguardo al ruolo svolto in ordine al trattamento dei dati personali, in tre tipologie:

- 1) l'acquisizione, tramite il proprio sito o tramite i partner, delle liste di soggetti interessati a ricevere informazioni commerciali;
- 2) l'effettuazione delle successive chiamate promozionali, direttamente o tramite fornitori, presentandosi a proprio nome;
- 3) la conclusione dei contratti con registrazione del *vocal order* e l'inserimento dei dati nei sistemi dei committenti.

Nelle fasi 1 e 2, la *Alpha servizi* viene pacificamente confermata come titolare del trattamento, mentre per le attività relative alla fase 3 (la conclusione effettiva dei *vocal order* per conto dei clienti committenti) assume il ruolo di responsabile, essendo invece titolari i committenti.

L'Autorità indica nelle proprie considerazioni che tale quadro, che risulta dalla documentazione contrattuale prodotta, **rispecchia anche la qualificazione fattuale dei diversi ruoli**.

Nelle prime due fasi, la *Alpha servizi operando in nome proprio, decide modalità e finalità del trattamento*, mentre nel momento in cui il soggetto contattato decide di aderire ad una specifica offerta, la *Alpha servizi* inizia ad operare per conto del committente utilizzando le procedure e gli script da questo forniti e operando direttamente all'interno dei sistemi informativi del committente stesso.

In merito alla comunicazione di dati verso un Paese Extra-UE, in assenza di comprovate autorizzazioni con specifico riguardo all'attività svolta per conto di *Beta* (quindi *Alpha servizi* Responsabile del Trattamento), l'Autorità ha evidenziato che:

- La *Alpha servizi* ed il Call Center ubicato in Albania, nell'ambito della specifica attività svolta per conto di *Beta*, agiscono quali responsabili di un trattamento di cui *Beta* è l'unico titolare.
- La comunicazione non autorizzata di dati personali al soggetto che ha sede in Albania ha comportato un trasferimento all'estero dei dati stessi in assenza di idonee garanzie per gli interessati.
- Il trattamento posto in essere dal RESPONSABILE deve ritenersi illecito in quanto effettuato senza attenersi alle istruzioni del titolare, che vietava tali trasferimenti in assenza di autorizzazione espressa.

A seguito dell'analisi di tutti gli elementi sopra sintetizzati, riguardanti diversi processi ed operazioni di trattamento, l'Autorità ha rilevato esclusivamente l'illiceità del trattamento posto in essere dalla *Alpha servizi* in relazione al trasferimento dati dei *vocal order* presso paesi Extra-UE, determinato dall'aver contravvenuto alle istruzioni impartite dal titolare del trattamento (il committente *Beta*).

Si evidenzia che il provvedimento non ha indicazioni di biasimo o di allarme in relazione alle procedure di acquisizione dei contatti autonomi da parte della *Alpha servizi*, e nemmeno relativamente ai ruoli e funzioni privacy dei vari soggetti coinvolti, che vengono pacificamente valutate e, non essendovi contestazioni in merito, appaiono di conseguenza conformi alla normativa in tema di protezione dati personali.

Tale valutazione, leggendo attentamente il provvedimento sintetizzato, è concretamente basata sull'analisi di aspetti documentali e formali, ma anche sostanziali e fattuali, ed orientata dalla bussola delle garanzie e della trasparenza nei confronti dei soggetti interessati (principio strutturale dei trattamenti in base agli artt. 5 , par. 1, lett. a) e 12, par. 1, del GDPR).

Titolari e responsabili in altri provvedimenti sanzionatori, generali e linee guida EDPB

La complessa tematica del rapporto tra committenti e soggetti terzi è stata in vero già più volte oggetto di analisi e valutazioni da parte delle Autorità.

Tale elemento risulta fondamentale per garantire trasparenza nei confronti dei soggetti interessati, che devono sempre poter comprendere in modo agevole cosa accade ai propri dati, chi li tratta, a chi li trasmette. Senza tali basilari informazioni, non può assicurarsi l'esercizio pieno dei propri diritti e del controllo sulle informazioni che li riguardano.

Il provvedimento analizzato fornisce chiari e puntuali elementi concreti, per la corretta valutazione ed individuazione di ruoli e funzioni privacy, che, a parere degli scriventi, sono perfettamente allineati con i concetti cardine più volte indicati dall'Autorità.

Si richiamano, a nostra memoria e per opportuni approfondimenti e studio, i provvedimenti: 16 febbraio 2016, doc. web 1242592, in tema di servizi telefonici non richiesti; il provvedimento 15 giugno 2011, in materia di titolarità del trattamento di dati personali in capo ai soggetti che si avvalgono di agenti per attività promozionali, doc. web 1821257; il provvedimento 12 maggio 2011, doc. web n. 1813953, in materia di circolazione dei dati dei clienti in ambito bancario; il Provvedimento correttivo e sanzionatorio - 11 dicembre 2019, doc. web 9244358; Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam, 4 luglio 2013, doc. web 2542348, con particolare riferimento al punto 3 *Titolarità del trattamento per lo spam effettuato mediante agenti o altri terzi*; il parere del Gruppo Art. 29 n. 1/2010, le recenti linee guida 07/2020 emanate dall'EDPB sui concetti di titolare e responsabile nel GDPR.

Le linee guida in tema di contrasto allo spam emanate nel 2013, in particolare nel paragrafo n. 3, effettuano un richiamo sintetico ma strutturato anche ai provvedimenti precedenti alla loro pubblicazione.

Viene ricordato "...che in alcune circostanze, l'Autorità ha rilevato che le comunicazioni promozionali indesiderate vengono inviate non direttamente dall'impresa/società promotrice, ma da agenti o altri soggetti terzi. Pertanto, è necessario chiarire quale fra il soggetto promotore e il terzo debba considerarsi titolare del trattamento ai sensi dell'art. 28 del Codice, con i relativi obblighi..." (nota ogg riferimento al GDPR).

Vengono poi richiamati i provvedimenti e i concetti chiave che è bene sintetizzare:

- 1) il provvedimento generale del 15 giugno 2011 sulla "Titolarità del trattamento di dati personali in capo ai soggetti che si avvalgono di agenti per attività promozionali" (doc. web n. 1821257);
- 2) il parere del Gruppo Art. 29 n. 1/2010 ha ribadito che, ai fini dell'individuazione della titolarità concretamente esercitata, occorre esaminare anche elementi extracontrattuali, quali il controllo reale esercitato da una parte, l'immagine data agli interessati e il legittimo affidamento di questi ultimi sulla base di questa visibilità. Il Gruppo WP29 ha rimarcato in quella sede la necessità di

riconoscere la titolarità del trattamento dei dati dei destinatari di iniziative di telemarketing in capo alla società che si avvalga di soggetti esterni incaricati di effettuare campagne promozionali per suo conto, quando ai menzionati soggetti esterni siano state impartite specifiche istruzioni, ed in considerazione, altresì, del controllo esercitato dalla società circa il rispetto di tali istruzioni e delle condizioni contrattuali pattiziate previste;

- 3) con il provvedimento del 16 febbraio 2006 (doc. web n. 1242592), in materia di servizi telefonici non richiesti, l'Autorità ha già espressamente sottolineato la necessità che l'eventuale designazione, in qualità di responsabili del trattamento, di rivenditori o agenti incaricati della commercializzazione di prodotti e servizi per conto di altra società **risponda alla realtà effettiva dei rapporti rilevanti in materia di trattamento dei dati;**
- 4) con il provvedimento del 29 aprile 2009 (doc. web n. 1617709), l'Autorità, analizzando il concreto rapporto intercorrente tra un titolare del trattamento e distinti operatori ai quali venivano affidati taluni servizi, **ha ritenuto determinante il carattere subordinato di tali soggetti** alle istruzioni ed al potere di controllo esercitato dalla società appaltante, riconoscendo quest'ultima come *de facto* unico titolare del trattamento;
- 5) alla luce delle considerazioni e dei criteri indicati in precedenza, riguardo allo spam effettuato mediante agenti o altri terzi, l'Autorità **ritiene che il soggetto promotore, qualora in concreto abbia un ruolo preminente nel trattamento dei dati dei destinatari, assumendo decisioni relative alle finalità e modalità del trattamento, fornendo istruzioni e direttive vincolanti e svolgendo verifiche e controlli sull'attività dell'agente, va considerato titolare.**

Le Linee guida EDPB 07/2020 riprendono, tra le altre cose, i seguenti elementi chiave:

- 1) Il titolare del trattamento è il soggetto che decide alcuni elementi chiave del trattamento. Il controllo può essere definito dalla legge o può derivare da un'analisi degli elementi di fatto o delle circostanze del caso. Alcune attività di trattamento possono essere viste come naturalmente collegate al ruolo del soggetto che procede a tali operazioni (un datore di lavoro a dipendenti, un editore agli abbonati o un'associazione ai suoi membri). In molti casi, i termini di un contratto possono aiutare a identificare il responsabile del trattamento, sebbene non siano determinanti in tutte le circostanze.
- 2) Elemento costitutivo del concetto di titolare del trattamento si riferisce all'influenza dello stesso in virtù *dell'esercizio del potere decisionale*. Un titolare è un soggetto che *decide* alcuni elementi chiave del trattamento. Questa titolarità del trattamento può essere definita dalla legge o può derivare da un'analisi degli elementi di fatto o delle circostanze del caso. Si dovrebbe guardare nello specifico alle operazioni di elaborazione in questione e capire chi le determina.
- 3) Il concetto di titolare è funzionale, si fonda quindi su un fatto sostanziale piuttosto che un'analisi formale. Possono essere utilizzate, per guidare e semplificare il processo di valutazione, delle analisi concrete legate ad esempio a **circostanze legali e / o fattuali da cui normalmente si può desumere "influenza"**.

Sempre in relazione alla qualifica di titolare e responsabile, in uno dei vari passaggi del provvedimento n. 136 del 5 aprile 2012, l'Autorità Garante analizza nuovamente gli elementi che di fatto portano a qualificare il committente come titolare, valutando anche in questo caso elementi oggettivi.

Si riporta l'abstract di alcune indicazioni presenti nel citato provvedimento - per il provvedimento completo si rinvia al portale dell'Autorità.

NDR gli scriventi hanno sostituito i nomi delle società coinvolte con il termine "committente" per la società di energia e "fornitore" per la società che fornisce servizi.

Confortano questo convincimento (nb. il Committente = Titolare del trattamento) diversi elementi, che devono essere peraltro valutati anche alla luce dell'orientamento già espresso dal Garante nel richiamato provvedimento n. 230 del 15 giugno 2011 in materia di *"titolarità del trattamento di dati personali in capo ai soggetti che si avvalgono di agenti per attività promozionali"*. ~~Vi~~ Sono stati evidenziati gli indici che, in termini concreti, consentono di riconoscere la qualifica di titolare, tra l'altro, al soggetto che venga percepito come tale dall'interessato; a quello che disciplini, regolamentandoli nel dettaglio, modalità, compiti, ruoli e procedure dell'attività di telemarketing. Nella fattispecie all'esame, fin dalle disposizioni del contratto si evince che al committente **competete la scelta in ordine ai criteri di individuazione dei nominativi da contattare**, dunque alle modalità del trattamento; che, poi, compete al committente stesso *"mettere a disposizione del fornitore la piattaforma informatica che sarà necessaria per consentire al fornitore la comunicazione ai teleseller (nb sono i soggetti che effettuano le telefonate in questo caso) dei dati provenienti dall'archivio di cui in premessa. Sono pattiziamente fissati i principi per i quali i contraenti disciplinano congiuntamente le modalità di effettuazione delle chiamate e le fasce orarie prescelte e si obbligano alla preventiva condivisione delle regole ("script") da utilizzare per lo svolgimento delle attività.*

Sempre in relazione al tema oggetto della presente disamina, in un passaggio di un altro recente provvedimento, il n. 224 del 12 novembre 2020, l'Autorità interviene come segue *" (...) Al riguardo deve osservarsi che, come correttamente osservato anche nella legal opinion acquisita da [Omissis], non hanno rilevanza le previsioni contrattuali che stabiliscono diversamente (come nel caso dell'accordo quadro che prevede che i trattamenti di dati effettuati dalle agenzie utilizzando proprie liste di anagrafiche sono svolti in qualità di titolari autonomi) poiché, come più volte affermato dal Garante, la veste giuridica del titolare del trattamento si assume non in base ad individuazioni formali ma alla situazione di fatto che si realizza nell'ambito del trattamento (così ad es. prov. n. 300 del 18 ottobre 2012, in www.gpdp.it, doc. web n. **2368171** – "la qualità di titolare del trattamento discende direttamente dalla verifica dei presupposti indicati dalla legge (art. 4, comma 1, lett. f), del Codice) e non sussistono dubbi che, nel caso di specie, tutte le decisioni in ordine al trattamento dei dati personali risultano univocamente assunte da [...], rendendo così irrilevante la diversa qualificazione giuridica attribuitasi dalle due società nell'ambito dei nuovi accordi contrattuali"*.

Quanto sopra porta ad una serie di riflessioni aggiuntive sul delicato rapporto tra committenti e operatori di call center o, in via generale, partner commerciali.

- 1) E' possibile evidenziare il concetto chiave che nel momento in cui un soggetto terzo conclude un contratto in nome e per conto di un committente tramite vocal order, documentazione cartacea o altre forme, che comunque hanno come scopo la conclusione e la stipula di un contratto, le finalità sono ovviamente poste dal committente che determina prezzi, costi, sconti, emette le fatture e così

via. Ne consegue senza dubbio alcuno la seguente qualificazione: Committente quale Titolare e soggetto terzo outsourcer quale Responsabile.

2) Nel caso dei contatti telefonici la situazione è più articolata e complessa, essendo possibili scenari ben più variegati.

- **Situazione 1) chiamate su liste del committente e conclusione del contratto per conto del committente stesso.**

In questo scenario, il soggetto terzo outsourcer opera su liste e dati forniti dal committente. In tale caso il committente decide dove e come acquisire le liste dei contattabili o più in generale i canali di approvvigionamento di dati personali per la finalità di marketing, li mette a disposizione del soggetto outsourcer, che non ha alcun potere decisionale sul processo di acquisizione ma si attiene alle istruzioni documentate del titolare e risponde allo stesso. In questo caso è altrettanto pacifica la esemplificazione: committente Titolare – soggetto terzo outsourcer responsabile di ogni trattamento (ivi comprese le prime chiamate commerciali e per le attività di conclusione dei contratti).

- **Situazione 2) liste e contatti autonomi del partner e successiva conclusione del contratto per conto di un committente.**

Nei casi come quello riportato nel Provvedimento del 18 dicembre 2019 [9220727], in cui il soggetto che effettua la raccolta e le prime chiamate gestisce tali processi acquisendo autonomamente i dati dei soggetti interessati, i dati sono acquisiti e trattati esclusivamente su propri sistemi (non caricati su quelli del committente), si presenta in modo chiaro e trasparente all'Interessato senza ingenerare fraintendimenti perseguendo le finalità espresse nell'informativa fornita al soggetto interessato e per al quale ha fornito consenso, e richiede consenso e volontà del soggetto interessato di voler successivamente concludere un contratto, sembrano ben rispettati i criteri di individuazione sostanziale del titolare del trattamento. In estrema sintesi, in casi come quello riportato nel provvedimento 18.12.2019, il committente non interviene concretamente nelle decisioni legate alle finalità, NON fornisce istruzioni dettagliate, NON decide come acquisire le liste e NON LE RICEVE SUI PROPRI SISTEMI, il soggetto terzo raccoglie autonomamente le proprie liste di contattabili con scelte realmente non vincolate da parte del committente e con azioni e decisioni totalmente autonome in termini di operatività da propri portali o da list provider contrattualizzate.

In questo scenario, si è volutamente evidenziato il fatto che il committente NON riceve le liste di contattabili reperite da terzi in alcun modo, perché -se così fosse- il committente di fatto effettuerebbe una raccolta di dati, per finalità a questo punto inequivocabilmente proprie, da parte del soggetto terzo e, in assenza del consenso specifico per questo passaggio di dati, si configurerebbe un trattamento illecito, esposto dunque alle pesanti sanzioni economiche del GDPR, oltre che ai relativi provvedimenti correttivi (58 GDPR), che tanto possono impattare, anche economicamente, sulle imprese, potendo richiedere interventi radicali su sistemi e procedure aziendali.

Su tale tema si è espressa l'Autorità Garante nel provvedimento 11 dicembre 2019 [9244358] indicando come illecita l'attività legata al far confluire di default le liste reperite ed acquisite in autonomia da un soggetto terzo sui sistemi CRM di contattabili del committente stesso (su CRM del committente stesso).

Tali dati avevano origine da list provider o similari, che li cedevano ad una società partner del committente in virtù del consenso rilasciato dagli interessati per la cessione dei propri dati ad altri soggetti terzi, per finalità di marketing. In particolare, il consenso era legato alla cessione dei dati al partner e NON al committente. L'Autorità ha evidenziato che tale consenso, poteva quindi risultare

idoneo a legittimare il trasferimento dei relativi dati personali dal generatore primario di liste al partner nella sua qualità di autonomo titolare del trattamento, ma non poteva estendere la sua efficacia anche al successivo trasferimento da quest'ultimo al committente, poiché tale comunicazione di dati non risultava supportata dal necessario consenso specifico ed informato rilasciato dagli interessati.

Si ritiene utile sintetizzare quanto trattato fornendo alcuni ulteriori elementi di riflessione:

1) La chiara e puntuale individuazione del Titolare del trattamento non è esercizio banale e inutile, poiché tale aspetto si pone come il primo tassello del disegno regolatorio di una filiera ed è determinante per assicurare adeguata trasparenza anche riguardo all'esercizio dei diritti da parte dei soggetti interessati;

2) Non è scontato che un soggetto terzo sia sempre Titolare autonomo (o contitolare) o sempre responsabile. I provvedimenti analizzati, e le indicazioni fornite nel tempo dalle Autorità, evidenziano come sia fondamentale analizzare elementi documentali e formali, ma anche, e soprattutto, elementi sostanziali e concreti, verificando l'effettivo controllo su determinati processi, i flussi effettivi dei dati, la percezione concreta del soggetto interessato;

3) Anche nei casi in cui il partner sia Titolare autonomo di determinate attività, come nel caso del provvedimento 18 dicembre 2019 [9220727], è comunque necessario per il committente applicare presidi di diligenza assoluta, qualificando attentamente i partner, richiedendo garanzie contrattuali puntuali che siano rivolte non solo ad aspetti privacy ma ben più ampie. È fondamentale, in tema di operato complessivo dei committenti, poter dimostrare, contro ogni ragionevole dubbio, che l'organizzazione di flussi e processi corrisponde al vero e che non è costruita artificialmente quale mezzo elusivo delle norme, frammentando i centri decisionali in modo artefatto e preordinato;

4) La legge 5/2018 stabilisce che i committenti sono responsabili in solido con i soggetti a cui sono assegnate attività di call center, la corretta e puntuale individuazione dei compiti attribuiti risulta essenziale anche in tal senso;

5) Non ci si può limitare a tutelarsi con la logica del *"il Titolare è un altro soggetto"* in quanto, se in determinate situazioni, come quella riportata, questo aspetto può essere effettivamente comprovato, ci sarà un preciso momento in cui la titolarità rientra pienamente nella sfera del committente, ad esempio in caso di attivazione di un servizio.

Servono di conseguenza presidi precisi per NON trovare giovamento da azioni illecite, anche se commesse da terzi, e NON permettere nemmeno ai terzi di giovare delle stesse. Devono quindi essere previste anche azioni di verifica dei contratti conclusi e prevedere il blocco dell'attivazione di servizi per i casi in cui la trasparenza non sia comprovata.

Tali azioni devono prevedere anche adeguate reazioni nei confronti dell'operato di eventuali terzi, ad esempio tramite rigide previsioni contrattuali connesse al blocco del pagamento di provvigioni, specifiche penali (reali) e la risoluzione del contratto per inadempimento normativo.

Tali presidi devono essere concreti, applicati ed avere una reale ripercussione sui soggetti terzi, in caso contrario, non sarà possibile comprovare l'*accountability* del committente. Ed in tal caso, anche a prescindere dalla ricorrenza di specifiche violazioni relative ai diritti degli interessati ex artt. 12-22 del GDPR, il committente rischia di incorrere nella violazione del principio strutturale della 'responsabilizzazione' (c.d. *accountability*). Principio che, in quanto codificato dall'art. 5, par. 2, GDPR "Il

titolare del trattamento è competente per il rispetto del paragrafo 1 e in grado di provarlo”, oltre che, in forma più dettagliata dall’art. 24 GDPR – può esporre l’impresa, in caso di sua violazione, anche alle pesantissime sanzioni economiche di cui all’art. 83, par.5, GDPR (“fino a 20 000 000 EUR, o per le imprese, fino al 4 % del fatturato mondiale totale annuo dell’esercizio precedente, se superiore”). Non saper /poter dimostrare un adempimento al momento opportuno (in particolare, un’istruttoria del Garante) vuol dire in sostanza già aver violato il GDPR: si tratta di un relevantissimo aspetto, eppure spesso trascurato e comunque non ben focalizzato nell’ambito delle valutazioni di amministratori e consigli d’amministrazione. Per tacere del grave danno d’immagine ed anche in termini di *web reputation* che può ricondursi alla pubblicazione dei provvedimenti delle Autorità Garanti sui siti web istituzionali e alla loro agevole rintracciabilità mediante i comuni motori di ricerca, a parte i passaggi sulle agenzie di stampa e sui giornali cartacei e televisivi.

6) Nel provvedimento n. 224 del 12 novembre 2020 nei confronti di Vodafone, l’Autorità stabilisce che *“quella di non procedere all’attivazione di offerte o servizi nel momento in cui non vi sia prova che gli stessi siano stati correttamente proposti all’utente in base alle disposizioni che regolano le modalità di svolgimento dei contatti promozionali, non costituisce una mera facoltà del Titolare del trattamento ma un preciso obbligo dettato dal combinato disposto degli artt. 5, comma 2, 6 e 7 del Regolamento e degli artt. 2-decies e 130 del Codice. In base alle norme del Regolamento, infatti, il Titolare è tenuto a comprovare che i trattamenti dallo stesso svolti, anche tramite responsabili, siano conformi ai principi di liceità, trasparenza e correttezza (in particolare con riferimento al consenso), principi che, nell’ambito dei contatti promozionali sono declinati dall’art. 130 del Codice, e qualora ciò non sia possibile, il primo effetto che ne deriva è costituito dall’inutilizzabilità dei dati trattati (art. 2-decies, del Codice) e quindi dalla loro estromissione dal patrimonio informativo e operativo della Società(...)”*;

7) *In ultimissima istanza, con l’Ordinanza di Ingiunzione nei confronti di Sky Italia dello scorso 16 settembre (doc. web n. 9706389) il Garante ha approfondito il solco che aveva già tracciato in tutti i precedenti provvedimenti, senza uscirne assolutamente, ribadendo con forse ancora maggior chiarezza come:*

- a) *Sia sempre necessario individuare i ruoli privacy secondo gli effettivi poteri decisionali su finalità e mezzi rispetto a ciascuna fase;*
- b) *Le agenzie in outsourcing non possono essere considerate quali titolari autonomi quando operano per nome del committente, dal momento che all’asserita titolarità formale non corrispondono, anche in termini concreti, le prerogative previste dal GDPR per la configurazione della Titolarità;*
- c) *Dalla designazione a responsabile del trattamento deriva l’obbligo di vigilanza (che si estrinseca in più incombenze, che vanno dalla procedura di pre-selezione dei fornitori, alla attività di Audit, passando per un Data Process Agreement dettagliato e completo;*
- d) *Il rispetto del principio di accountability (inteso nelle sue due accezioni di “responsabilizzazione” e di “capacità di dimostrare\rendicontare” le azioni poste in essere), è e rimane un pilastro imprescindibile per chi intenda fare business trattando dati personali e, in particolar modo, per chi opera nel mercato del Telemarketing o del Teleselling.*

Quello che appare a chi scrive come un profilo di novità, è che tra le circostanze aggravanti a carico di Sky, questa volta, il Garante ha inserito il non aver saputo acquisire un bagaglio sufficiente di esperienza e competenze per adottare scelte di fondo maggiormente aderenti al dettato normativo.

8) In conclusione, si ritiene che possa costituire una **buona prassi**, ai sensi dell’art. 35, comma 9 del GDPR -in sede di valutazione d’impatto, e quindi ben prima della messa in atto dei trattamenti-raccogliere e tenere in debito conto le opinioni degli interessati o dei loro rappresentanti con riguardo alle operazioni trattamento.

Questo tipo di collaborazione tra titolari del trattamento ed associazioni rappresentative dei consumatori (soggetti interessati), infatti, può essere proficuo anche nell'ottica preventiva di eventuali contenziosi. Si tenga conto, infatti, che l'art. 80 del GDPR stabilisce che "L'interessato ha il diritto di dare mandato a un organismo, un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro, che siano debitamente costituiti secondo il diritto di uno Stato membro, i cui obiettivi statutari siano di pubblico interesse e che siano attivi nel settore della protezione dei diritti e delle libertà degli interessati con riguardo alla protezione dei dati personali, di proporre il reclamo per suo conto e di esercitare per suo conto i diritti di cui agli articoli 77, 78 e 79 nonché, se previsto dal diritto degli Stati membri, il diritto di ottenere il risarcimento di cui all'articolo 82. Gli Stati membri possono prevedere che un organismo, organizzazione o associazione di cui al paragrafo 1 del presente articolo, indipendentemente dal mandato conferito dall'interessato, abbia il diritto di proporre, in tale Stato membro, un reclamo all'autorità di controllo competente, e di esercitare i diritti di cui agli articoli 78 e 79, qualora ritenga che i diritti di cui un interessato gode a norma del presente regolamento siano stati violati in seguito al trattamento."

In un'ottica necessariamente sistematica ed opportunamente coerente, è utile sottolineare, infine, che la proposta di direttiva relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, le cd. Class action, e che abroga la direttiva 2009/22/CE, ha incluso la protezione dei dati personali tra le azioni che possono essere intentate nei confronti di professionisti per violazioni delle disposizioni del diritto dell'Unione che ledono o possono ledere gli interessi collettivi dei consumatori. (COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD)).