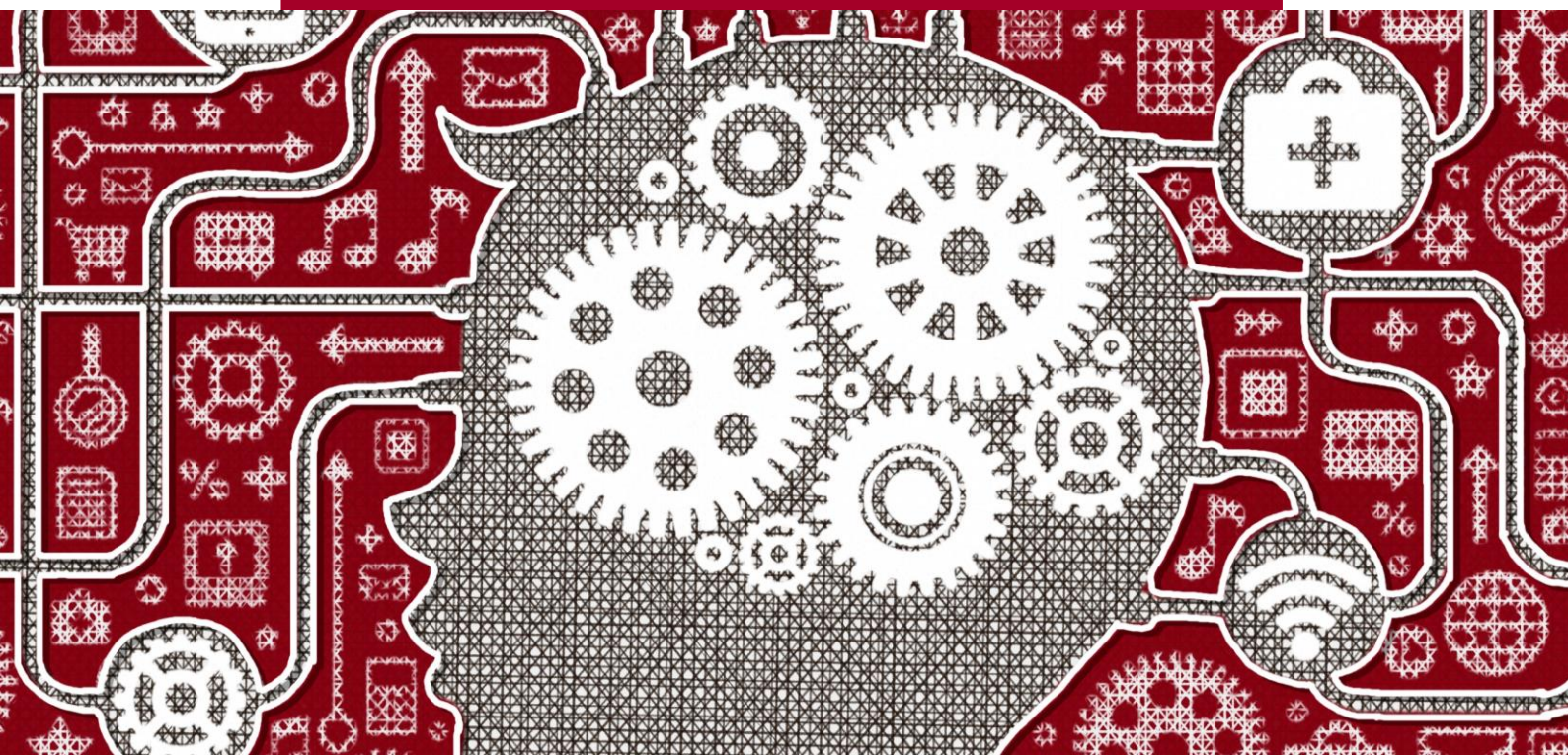




IusTrend
il verso del diritto

**La nomina dei Responsabili del
trattamento secondo la Commissione
UE**

LUGLIO 2021



LaScala

SOCIETÀ TRA AVVOCATI

www.lascalaw.com - www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Padova | Ancona

DIRITTO DELL'IMPRESA | PRIVACY | 7 LUGLIO 2021

La nomina dei Responsabili del trattamento secondo la Commissione UE

Con **Decisione di Esecuzione (UE) 2021/915** la Commissione Europea, lo scorso 4 giugno, ha adottato, ai sensi dell'art. 28.7 GDPR, un set di *clausole contrattuali tipo* che i Titolari del trattamento possono utilizzare nei loro rapporti obbligatori con i Responsabili ai sensi del comma 3 del medesimo articolo (ovvero attraverso la stipula di un c.d. *Data Protection Agreement*).

Si tratta di disposizioni che non devono essere adottate obbligatoriamente nel regolare i rapporti Titolare-Responsabile, ma che evidentemente, se utilizzate, mettono a riparo il Titolare da censure di inadeguatezza.


A onor del vero, non si sentiva particolarmente la mancanza di tale decisione, anche perché la pratica applicativa ha già prodotto degli ottimi standard contrattuali, peraltro costruiti sulla base delle giurisdizioni locali, e quindi molto più adatti ed efficaci di quanto possa mai essere un form standard scritto per essere utilizzato in tutti i paesi UE.

Ciò nondimeno, il documento, al netto di alcune critiche di cui darò conto nel prosieguo, risulta piuttosto utile per avere un parametro su cui calibrare il contenuto minimo di un DPA.

Analisi delle singole clausole

Procedendo secondo l'ordine espositivo della bozza di contratto proposta dalla commissione, riporto alcuni commenti utili per un corretto recepimento delle disposizioni. Corredo ogni nota con un segno che evidenzia immediatamente un giudizio di merito (del tutto personale s'intende) sulla opportunità ed efficacia della clausola.

SEZIONE I

	Clausola 1 (Scopo e ambito di applicazione)
<p>In un contratto tutto ciò che è superfluo rischia di essere controproducente. Anche perché ai sensi dell'art. 1367 c.c. le clausole devono interpretarsi «<i>nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno</i>». Clausole che quindi non hanno un chiaro significato, rischiano di averne uno non previsto dall'estensore.</p>	

Inoltre, sarebbe utile evitare frasi ridondanti che non aiutano l'interprete prediligendo uno stile asciutto, fedele alla sintesi e al diretto significato di ogni parola.

Detto questo, la clausola in commento, in poche righe contiene ben tre esempi di cattiva tecnica redazionale:

- 1) «I titolari del trattamento e i responsabili del trattamento [...] hanno accettato le presenti clausole al fine di garantire il rispetto dell'articolo 28 [del GDPR]» (1.b). **Non c'è dubbio, e non solo quello.**
- 2) «Le presenti clausole lasciano impregiudicati gli obblighi cui è soggetto il titolare del trattamento a norma del [GDPR]» (1.e). **Non potrebbe essere altrimenti.**
- 3) «Le presenti clausole non garantiscono, di per sé, il rispetto degli obblighi connessi ai trasferimenti internazionali conformemente al [GDPR]» (1.f). **Senz'altro vero, anche senza bisogno di sottolinearlo. Ribadirlo, anzi, solleva il dubbio.**



Clausola 2 (Invariabilità delle clausole)

Il contratto altro non è che una espressione dell'autoregolamentazione delle parti. Esse decidono, nei limiti dell'ordinamento, cosa è meglio per loro e che obbligazioni assumere. Nulla, quindi, può impedire loro di modificare o addirittura estinguere per mutuo consenso le obbligazioni rispettivamente assunte in un precedente accordo.

In tale prospettiva, la clausola in commento è totalmente priva di effetti: Essa così recita:

- 1) «Le parti si impegnano a non modificare le clausole [...]». **E se lo fanno, *quid iuris?***
- 2) Non è impedito «alle parti di includere le clausole contrattuali tipo stabilite nelle presenti clausole in un contratto più ampio o di aggiungere altre clausole o garanzie supplementari». **Clausola che non aggiunge nulla ai diritti e obblighi delle parti.**
- 3) «...purché queste non contraddicano, direttamente o indirettamente, le presenti clausole». **Non è vero poiché se c'è contraddizione tra disposizioni precedenti e successive, prevalgono comunque le seconde!**
- 4) «...o ledano i diritti o le libertà fondamentali degli interessati». **Ovviamente non è mai ammesso ledere i diritti e le libertà fondamentali degli interessati!**



Clausola 3 (Interpretazione)

I contratti, almeno secondo l'ordinamento nostrano, si interpretano secondo le regole degli artt. 1324 e ss. c.c.. Si tratta, per l'appunto, di **metaregole**, come tali non modificabili dal regolamento contrattuale.

Non ha alcun senso quindi scrivere nella clausola in commento quanto segue:

- 1) «Le presenti clausole vanno lette e interpretate alla luce delle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 o del regolamento (UE) 2018/1725». **Non v'è dubbio che esse vadano lette (e interpretate...) alla luce del GDPR. Ma anche della Costituzione, della Carta di Strasburgo, del Codice Civile, e di quant'altro pertinente.**
- 2) «Le presenti clausole non devono essere interpretate in un senso che non sia conforme ai diritti e agli obblighi previsti dal regolamento (UE) 2016/679 / dal regolamento (UE) 2018/1725...». **Ebbene, da un lato i diritti disponibili sono sempre rinunciabili. Dall'altro, gli obblighi di legge non sono derogabili per contratto tra le parti. Non è quindi chiaro cosa voglia dire questa clausola e cosa aggiunga rispetto alla precedente!**
- 3) «...o che pregiudichi i diritti o le libertà fondamentali degli interessati». **Senz'altro non guasta ribadirlo, ma in un contratto non aggiunge nulla ai diritti e obblighi delle parti.**



Clausola 4 (Gerarchia)

Così recita: *«In caso di contraddizione tra le presenti clausole e le disposizioni di accordi correlati, vigenti tra le parti al momento dell'accettazione delle presenti clausole, o conclusi successivamente, prevalgono le presenti clausole».*

Valgono i commenti già espressi a proposito della clausola 2. Con mutuo consenso siamo tutti liberi di modificare gli accordi pregressi. Nessun accordo passato può essere sottratto al potere dispositivo delle parti.



Clausola 5 (Clausola di adesione successiva)

La clausola in rassegna potrebbe essere cancellata nella sua interezza in quanto ribadisce il principio, comune a tutti gli ordinamenti, che le parti possono sempre modificare i loro rispettivi obblighi e diritti:

- 1) «Qualunque entità che non sia parte delle presenti clausole può, con l'accordo di tutte le parti, aderire alle presenti clausole in qualunque momento, in qualità di titolare del trattamento o di responsabile del trattamento, compilando gli allegati e firmando l'allegato» (5.a). **Se c'è l'accordo delle parti, tutto è possibile (nei limiti dell'ordinamento, ovviamente). Non serve quindi scrivere in un contratto che con l'accordo delle parti i terzi possono aderire.**
- 2) «Una volta compilati e firmati gli allegati di cui alla lettera a), l'entità aderente è considerata parte delle presenti clausole e ha i diritti e gli obblighi di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento, conformemente alla sua designazione» (5.b). **Ovviamente, chi non compila e firma gli allegati non può essere considerata parte del contratto e non assume rispetto alle parti alcun obbligo!**

- 3) «L'entità aderente non ha diritti od obblighi derivanti a norma delle presenti clausole per il periodo precedente all'adesione» (5.c). **Si tratta di un principio basilare dell'efficacia del contratto nel tempo in tutti gli ordinamenti. Non serviva quindi ribadirlo!**

SEZIONE II



Clausola 7.1 (Istruzioni)

Da qui in poi, come accennavo, il testo inizia ad offrire spunti interessanti.

- 1) «*Il responsabile del trattamento tratta i dati personali soltanto su istruzione documentata del titolare del trattamento*» (7.1.a). **Il Responsabile, quindi, non esegue trattamenti se non ha ricevuto istruzioni scritte. Ciò è scritto espressamente all'art. 28.9 GDPR, ma a livello interlocutorio e rafforzativo con la controparte non è affatto superfluo ribadirlo.**
- 2) «*Il titolare del trattamento può anche impartire istruzioni successive per tutta la durata del trattamento dei dati personali*» (7.1.a). **È importante sottolineare che il DPA può essere anche integrato unilateralmente dal Titolare nella misura in cui, ovviamente, le nuove istruzioni non importino un onere maggiore a carico del Responsabile e siano volte a garantire o rafforzare la tutela dei diritti e libertà fondamentali dell'interessato.**
- 3) «*Il responsabile del trattamento informa immediatamente il titolare del trattamento qualora, a suo parere, le istruzioni del titolare del trattamento violino il regolamento (UE) 2016/679*» (7.1.b). **Qui è introdotto un cenno alla sindacabilità da parte del Responsabile con riguardo alle istruzioni ricevute. Il senso è che il Responsabile non potrà esimersi dalla responsabilità per trattamento illecito adducendo di aver solo eseguito le istruzioni del Titolare (si vuole probabilmente evitare l'effetto "banalità del male"; non a caso l'origine storica della normativa risale al secondo dopoguerra).**



Clausola 7.4 (Sicurezza del trattamento)

«*Il responsabile del trattamento concede l'accesso ai dati personali oggetto di trattamento ai membri del suo personale soltanto nella misura strettamente necessario all'attuazione, la gestione e il controllo del contratto*» (7.4.b). **Qui è stabilito per contratto il principio di minimizzazione esteso anche ai trattamenti compiuti dal Responsabile, sicché tale principio di limita una leva di responsabilità contrattuale esercitabile dal Titolare che ritiene un accesso o una procedura eccessivi.**

**Clausola 7.6 (Documentazione e rispetto)**

Il GDPR ha una impostazione molto moderna, che a tratti potremmo definire di *soft law*. In tale prospettiva, i destinatari della norma devono responsabilizzarsi e avere un atteggiamento attivo e creativo nell'applicazione e rispetto della legge. Non quindi mero adempimento formale, ma valutazione sostanziale eseguita volta per volta. Questo, quindi, il quadro in cui si inseriscono le seguenti disposizioni:

- 1) «*Le parti devono essere in grado di dimostrare il rispetto delle presenti clausole*» (7.6.a). È questo l'obbligo legale di **accountability** del Responsabile *ex art. 28.h* GDPR (da associarsi al primario obbligo in capo al Titolare – Considerando 42, 74 e art. 24 GDPR) riprodotto in chiave negoziale che così diventa fonte di responsabilità contrattuale.
- 2) «*Su richiesta, le parti mettono a disposizione della o delle autorità di controllo competenti le informazioni di cui alla presente clausola, compresi i risultati di eventuali attività di revisione*» (7.1.e). Anche in questo caso si veste come responsabilità contrattuale un ordine dell'autorità che se disatteso, può diventare così legittima causa di risoluzione del DPA e del contratto sottostante.

**Clausola 7.7 (Ricorso a sub-responsabili del trattamento)**

La clausola in commento prevede le due opzioni tipiche dei DPA in ordine al ricorso ai Sub-responsabili: (i) l'autorizzazione preliminare specifica volta per volta; (ii) ovvero l'autorizzazione anticipata generale rilasciata salvo revoca successiva per non gradimento. Entrambe le soluzioni hanno pro e contro che devono essere valutati anche con riguardo alla concreta operatività degli obblighi di notifica del Responsabile.

In ogni caso, quale che sia l'opzione scelta, sono utili le altre disposizioni della clausola. E cioè:

- 1) l'obbligo del Responsabile di sottoscrivere con il Sub-responsabile un contratto che impone a questo gli stessi obblighi in materia di protezione dei dati imposti dal Titolare al Responsabile;
- 2) la previsione di responsabilità solidale del Responsabile per il fatto del Sub-responsabile, anche a fronte di autorizzazione specifica del trattamento da parte del Titolare;
- 3) il diritto del Titolare «*di risolvere il contratto con il sub-responsabile del trattamento e di imporre a quest'ultimo di cancellare o restituire i dati personali*». Si tratta di una clausola particolare, che di fatto prevede un diritto di recesso anticipato (peraltro esercitabile da un terzo – il Titolare) che per essere a prova di eccezione, sarebbe opportuno fosse assistita da una caparra penitenziale *ex art. 1386 c.c.* (magari come di cui del contratto di fornitura sottostante). Le disposizioni in rassegna, inoltre, prevede un mandato *in rem propriam* (la cancellazione o restituzione dei dati) che esercita il Titolare in nome e per conto del Responsabile,

ancorché nel suo interesse. Questo comma, insomma, sarebbe opportuno fosse scritto in modo più accurato.



Clausola 8 (Assistenza al titolare del trattamento)

«*Il responsabile del trattamento notifica prontamente al titolare del trattamento qualunque richiesta ricevuta dall'interessato. Non risponde egli stesso alla richiesta, a meno che sia stato autorizzato in tal senso dal titolare del trattamento*». La clausola prosegue con altri obblighi di cooperazione con il Titolare (valutazione di impatto, aggiornamento dati, implementazione misure di sicurezza).

Si tratta di una previsione importante da integrare nel DPA, anche a fronte dei termini di riscontro di cui all'art. 12.3 GDPR.



Clausole 9.1 e 9.2 (Violazione riguardante dati trattati dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento)

Le clausole in commento richiamano la lista di informazioni che in caso di *data breach* devono essere rese all'autorità di controllo (il Garante privacy). Al Responsabile è fatto obbligo di fornire quelle stesse informazioni al Titolare, anche per metterlo agevolmente in condizione di notificare al Garante la violazione e aggiornare il relativo registro *ex art. 33.5 GDPR*.



Clausola 10 (Inosservanza delle clausole e risoluzione)

Nella presente clausola è espresso il principio di *culpa in vigilando* del Titolare. Dubito tuttavia che scritta nei termini proposti dalla Commissione abbia una qualche efficacia.

- 1) «*...qualora il responsabile del trattamento violi gli obblighi che gli incombono a norma delle presenti clausole, il titolare del trattamento può dare istruzione al responsabile del trattamento di sospendere il trattamento dei dati personali fino a quando quest'ultimo non rispetti le presenti clausole o non sia risolto il contratto*». Si tratta di una ipotesi particolare di eccezione di inadempimento per cui il Titolare ha diritto di sospendere l'esecuzione degli obblighi assunti dal Responsabile. **In tale prospettiva, la clausola andrebbe meglio costruita (anche alla luce dell'art. 1341 c.c.) chiarendo a prova di equivoci le modalità operative in cui l'ordine di sospensione è comunicato ed eseguito. Possono esserci infatti circostanze in cui il Responsabile si opporrebbe ad un siffatto ordine per non incorrere a sua volta in un ulteriore eccezione di inadempimento.**
- 2) «*Il titolare del trattamento ha diritto di risolvere il contratto per quanto riguarda il trattamento dei dati personali conformemente alle presenti clausole qualora...* [segue elenco di ipotesi di risoluzione generiche e indeterminate]». Ai sensi dell'art. 1456 c.c. le ipotesi di risoluzione espressa devono essere circostanziate per non incorrere nel rischio di obbligo di scarsa importanza *ex art. 1455 c.c.*, e devono

essere sottoscritte appositamente *ex art. 1341 c.c.* Non v'è dubbio, infatti, che il DPA nella maggior parte dei casi è un modulo o formulario (peraltro è proprio in questa forma che è proposto dalla Commissione!). **La disposizione è quindi probabilmente inefficace nella sua formulazione attuale. Infine, in tutte le ipotesi di obblighi generici, come quelli della clausola in commento, opera l'art. 1454 c.c. senza quindi bisogno alcuno di una apposita clausola contrattuale.**



Clausola 10.c (Inosservanza delle clausole e risoluzione)

Abbiamo già visto che il Responsabile, ancorché operi sotto la direzione e controllo del Titolare, ha il dovere di rifiutarsi di eseguire istruzioni contrarie al GDPR o comunque lesive dei diritti e libertà fondamentali dei soggetti interessati. Tale autonomia, si spinge fino al punto di consentire al Responsabile di risolvere il contratto. Tuttavia, una tale previsione non ha davvero alcun senso. Ma leggiamo il testo:

«Il responsabile del trattamento ha diritto di risolvere il contratto per quanto riguarda il trattamento dei dati personali a norma delle presenti clausole qualora, dopo aver informato il titolare del trattamento che le sue istruzioni violano i requisiti giuridici applicabili in conformità della clausola 7.1, lettera b), il titolare del trattamento insista sul rispetto delle istruzioni».

In altri termini, viene stabilito il principio per cui il Responsabile del trattamento può rifiutarsi di eseguire un ordine o istruzione del Titolare senza che ciò costituisca inadempimento contrattuale. Si tratta evidentemente di una previsione che non può trovare fonte nel DPA stesso, né in altro atto di natura consensuale, ma solo nella legge e nella gerarchia delle fonti. Infatti, l'esecuzione di un obbligo la cui causa è contraria alla legge o all'ordine pubblico, è già di per sé condotta illegittima (e il relativo contratto nullo, in tutto o in parte, *ex art. 1418 c.c.*).

Ma c'è di più: il Responsabile che disubbidisce ad un comando del Titolare come mai potrebbe (e perché mai dovrebbe farlo!) impugnare il contratto e risolverlo? In quale inadempimento sarebbe incorso il Titolare? Impartire una istruzione, che peraltro non viene eseguita, non può costituire inadempimento (salvo annoverarlo come tale *ex art. 1456 c.c.*). Sarà semmai interesse del solo Titolare risolvere il contratto per inadempimento, evidentemente ritenendo il suo comando legittimo.

La clausola, quindi, è priva di efficacia (e di senso). Detto questo, sarebbe utile sostituirla con una risolutiva espressa.

Conclusioni

Tutto sommato, la Decisione in commento può costituire una occasione utile per revisionare, e forse integrare, i nostri modelli di DPA. Non può tuttavia senz'altro

costituire un valido strumento così com'è: molte sue clausole sono inefficaci o superflue. Il testo non è nemmeno completo secondo i migliori standard. Penso, ad esempio, all'assenza di ogni riferimento a codici di condotta o certificazioni del Responsabile.

Autore: Francesco Rampone – f.rampone@lascalaw.com

Contatti: redazione@iusletter.com

Supplemento a IusLetter del 7/07/2021



Testata registrata il 24.09.2001, presso il Tribunale di Milano, al n. 525/01.

LaScala
SOCIETÀ TRA AVVOCATI

www.lascalaw.com - www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Padova | Ancona