

OdV e *privacy*

Milano, 27 febbraio 2019

Avv. Luca Antonetto

fieldfisher

L'obiettivo del Position Paper: affrontare il tema della qualificazione soggettiva dell'Organismo di Vigilanza ai fini della disciplina della *privacy*, dopo l'entrata in vigore del Reg. (UE) 679/2016, c.d. GDPR, analizzando le varie tesi prospettate in materia e rappresentando la soluzione che l'AODV²³¹ ritiene preferibile, in particolare come linea guida per i propri associati.

Tale soluzione si riferisce la conformazione *standard* dell'OdV, alla rigorosa stregua dei requisiti del d.lgs. 231/2001 e delle Linee Guida di categoria: composizione plurisoggettiva (mista) e attribuzione dei soli compiti prescritti dal d.lgs. 231/2001 e dalle Linee Guida

“Nello svolgimento d[elle sue] attività, l’Organismo di Vigilanza entra in contatto con una pluralità di dati personali,: ciò impone, dunque, di procedere all’individuazione dei pertinenti profili [soggettivi] connessi con il trattamento dei dati personali ...”

Le fonti di trattamento di dati da parte dell'OdV:

- i. i flussi informativi di cui all'art. 6, comma 2, lett. d), d.lgs. 231/2001;
- ii. i risultati delle attività di controllo e vigilanza, di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) e d);
- iii. e, eventualmente - ma tutt'altro che necessariamente - le segnalazioni di condotte illecite rilevanti ai fini del d.lgs. 231/2001 o di violazioni del modello, di cui all'art. 6, comma 2 *bis*, lett. a).

Il dibattito è stato sinora tutto polarizzato tra due soluzioni opposte, senza alternativa, che tuttavia davano entrambe per scontata, «a monte», l'autonoma soggettività *privacy* dell'OdV rispetto all'ente vigilato e perciò si limitavano, «a valle», ad indicare a quale dei “*Soggetti che effettuano il trattamento*” l'OdV dovesse essere ricondotto: Titolare o Responsabile del Trattamento?

Il piano di lavoro del *Position Paper* consiste - oltre ad una serie di premesse sistematiche - nella analisi critica di entrambe le tesi correnti, e nella contrapposizione di una tesi alternativa, secondo cui l'OdV in quanto "*parte dell'impresa*", non è né Titolare né Responsabile, ed il suo inquadramento soggettivo ai fini della *privacy* è assorbito da quello della società vigilata della quale, appunto, l'OdV è "*parte*".

Le principali norme di riferimento:

l'art. 6, commi 1 e 2, del d.lgs. 231/2001; - “1. l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) [omissis]; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b). 2. ..., i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze: [omissis]; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) [omissis].

l'art. 4, nn. 7 e 8, del Regolamento (UE) 2016/679, -

“Ai fini del presente regolamento s'intende per: [omissis]

7) «titolare del trattamento»: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri;

8) «responsabile del trattamento»: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento;”

*“ il Regolamento (UE) 679/2016, quanto alla individuazione dei ruoli di Titolare («Controller»; ex art. 4, n. 7, e 24) e Responsabile («Processor»; ex art. 4, n. 8, e 28) ed alla distribuzione della relativa responsabilità, si pone in linea di continuità con quanto già prefigurato nella Direttiva 95/46/CE (di seguito: *Direttiva*)”.*

Attualità Opinion 1/2010 on the concepts of «controller» and «processor» del Article 29 Data Protection Working Party.

Altrettanto non può dirsi per il rapporto fra le nozioni soggettive del d.lgs. 196/2003 (c.d. Codice *privacy*) e quelle della Direttiva (ripresa dal GDPR), dato il disallineamento definitorio della figura del Responsabile (“*la persona fisica, la persona giuridica, ...e qualsiasi altro ente, ... o organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali*” - “*che tratta dati personali per conto del titolare*”).

Sulla base di questa diversa formula, sotto il vigore del «vecchio» Codice *privacy* si riteneva che la funzione di Responsabile potesse essere attribuita dal titolare anche a persone, organi o strutture interne alla sua organizzazione, anche con effetto esterni verso l’Autorità di controllo e gli interessati (cosiddetto Responsabile Interno).

Con l'entrata in vigore del GDPR (che, a differenza del Codice *privacy*, ha ripreso la definizione di Responsabile della Direttiva), e vieppiù con l'abrogazione dell'art. 4 del d.lgs. 196/2003 ad opera dell'art. 27, co. 1, lett. a), n. 1, del d.lgs. 101/2018, tale possibilità è venuta meno, escludendosi ormai la sopravvivenza giuridica della figura «vecchio» “responsabile interno”.

Il riferimento soggettivo della qualificazione nel caso di organismi plurisoggettivi: l'OdV complessivamente considerato, in quanto organismo collegiale, o ciascun membro dell'OdV singolarmente considerato?

Le qualifiche soggettive *privacy* devono essere riferite a “*l’entità nel suo complesso*”, “*considera[ndo] come responsabile del trattamento la società o l’organismo in quanto tali piuttosto che una specifica persona al loro interno*” - WP 29, Op. 1/2010, par. III.1.c – Cass., 8184/2014

**L'ANALISI CRITICA DELLA
TESI PER CUI L'ODV
SAREBBE TITOLARE DEL
TRATTAMENTO**

La tesi si risolve nella, più o meno assiomatica, equazione tra “autonomi poteri di iniziativa e di controllo” propri dell’OdV (ex art. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. 231/2001) e poteri di “determina[re] le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali” propri del Titolare (ex art. 4, n. 7, GDPR)

Tuttavia le **finalità del trattamento** dei dati di interesse dell'OdV non sono determinate dall'OdV stesso, ma sono, invece,

a) predeterminate, in generale, dal d.lgs. 231/2001 (*“vigilanza sul funzionamento e l'osservanza dei modelli” per “prevenire reati della specie di quello verificatosi”*),

b) e declinate, in particolare, dal modello di organizzazione, gestione e controllo, che è *“adottato [dal]l'organo dirigente”* e non dall'OdV (art. 6, comma 1, lett. a), d.lgs. 231/2001)

Quanto ai **mezzi del trattamento**, “È necessario un approccio pragmatico, che privilegi la discrezionalità nel determinare le finalità ...” rispetto a quella nel determinare i mezzi del trattamento.

Perciò, “mentre la determinazione delle finalità del trattamento farebbe scattare in ogni caso la qualifica di [Titolare] del trattamento, la determinazione dei mezzi implicherebbe una [Titolarità] solo qualora riguardi gli aspetti fondamentali dei mezzi” - WP 29, Op. 1/2010, par. III.1.b), p. 14; cfr. anche Cass., 11 giugno 2014, n. 13.219

Peraltro l'OdV è istituito da “l'organo dirigente” (art. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. 231/2001) che “dovrà disciplinare gli aspetti principali relativi al funzionamento dell'OdV” (*Linee Guida Confindustria*, p. 57 e 60), **cioè** i predetti “aspetti fondamentali dei mezzi”

Inoltre, l'autonomia e l'indipendenza dell'OdV *ex* art. 6 d.lgs. 231/2001 non sono, per così dire, «assolute», ma sono compatibili con “*il «riporto» al massimo vertice operativo aziendale, vale a dire al Consiglio di Amministrazione*” (*Linee Guida Confindustria*, p. 57).

Peraltro soccorrerebbero altrimenti le salvaguardie dell'art. 28, co. 3, lett. a), secondo e terzo periodo, e lett. h), secondo periodo, del GDPR

Infine, *“il rispetto delle norme al cui controllo [gli OdV] sono preposti è innanzitutto un obbligo gravante sulla società oggetto del controllo”*, sicché la base giuridica del trattamento dei dati da parte dell’OdV fa capo esclusivamente all’ente vigilato.

Il che è dirimente considerando che per individuare il Titolare occorre accertare *“which organisation decides: to collect the personal data in the first place and the legal basis for doing so” – “all the other entities have to rely on the legal basis of the company”* - ICO., *Data Controllers and data processors*: in <https://ico.org.uk> – WP29, Op. 1/2010

Escluso che l'OdV possa essere considerato *“Titolare del trattamento”* ai sensi della definizione generale dell'art. 4, n. 7), **primo periodo**, del GDPR, **occorre considerare anche il secondo periodo della stessa norma**, per cui *“quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri”*.

Tuttavia l'art. 6 del d.lgs. 231/2001 individua soltanto - ed alquanto genericamente - i compiti dell'OdV, le cui (generali) finalità di prevenzione dei reati presupposto non possono essere confuse con le (particolari) finalità dei trattamenti strumentali allo svolgimento degli stessi compiti.

Inoltre l'art. 6 del d.lgs. 231/2001 nulla dice circa “*i mezzi*” di tali trattamenti né circa “*i criteri specifici ... [della] designazione*” dell'OdV (salvo predicarne del tutto genericamente l'autonomia, o meglio la “*dota[zione] di autonomi poteri di iniziativa e di controllo*”). In particolare, come rilevato dalla dottrina, la legge non disciplina, né la composizione dell'OdV, né i suoi requisiti di indipendenza, professionalità ed onorabilità, né le sue modalità di nomina, revoca o sostituzione, ecc.

Al contrario tutti questi aspetti sono rimessi dalla legge alla discrezionalità (dell'organo dirigente) dell'ente in sede di adozione dei modelli, o della loro successiva *“eventuale modifica”* ex art. 7, co. 4, lett. a), d.lgs. 231/2001, con il solo limite funzionale della *“idonei[tà] a prevenire reati della specie di quello verificatosi”*.

“frutto di una scelta consapevole, onde consentire che l'OdV possa essere liberamente modellato in relazione al grado di complessità aziendale di ogni singolo ente”

**ANALISI CRITICA
DELLA TESI PER CUI
L'ODV SAREBBE
RESPONSABILE DEL
TRATTAMENTO**

Se in passato tale soluzione poteva essere sostenibile sul presupposto, perlopiù inespresso, che si trattasse in particolare di “*responsabile interno*”, in allora ammesso, altrettanto non può dirsi dopo l’entrata in vigore del GDPR, e vieppiù dopo l’abrogazione dell’art. 4 del d.lgs. 196/2003 ad opera del d.lgs. 101/2018, per il conseguente venir meno della concepibilità giuridica di tale figura

Oggi, invece, il primo “*requisito*” essenziale per essere riconosciuto quale Responsabile è “*essere una persona giuridica distinta dal [Titolare]*”, come già precisato dalla *Opinion 1/2010* del Art. 29 *Data Protection Working Party*, e come oggi risultante dall’art. 28 GDPR.

Il che non è concepibile per l'OdV, dato il suo istituzionale carattere «interno» rispetto all'ente vigilato *ex art. 6, co. 1, lett. b), d.lgs. 231/2001*, ovvero dato “*il requisito dell'appartenenza all'ente*”: in effetti è pacifico in dottrina e giurisprudenza che “*l'Organismo di Vigilanza [è] un organo [o “ufficio”] interno alla persona giuridica*”, tanto che il suo ruolo e la sua funzione non possono essere esternalizzati, ovvero conferiti in *outsourcing*.

Non contrasta con questa conclusione il riferimento dell'art. 4, nn. (7 e) 8, del GDPR, a “*il servizio o altro organismo*”, oltre che a “*la persona fisica o giuridica*”. In effetti anche tale riferimento estensivo della “*componente soggettiva*” della definizione di (Titolare e) Responsabile non è altro che il portato delle esigenze della tecnica legislativa comunitaria, destinata ad una applicazione uniforme in ordinamenti alquanto eterogenei e, in quanto “*autonomo*”, deve essere interpretato con gli occhiali dell'interprete del diritto comunitario e non con quelli dell'interprete del diritto nazionale, focalizzati su istituti peculiari, se non addirittura unici (come l'OdV).

CONCLUSIONI

Per tutte le ragioni sopra esposte l'AODV²³¹ ritiene che - nella sua conformazione *standard* di cui in premessa - l'OdV, in quanto “*parte dell'impresa*”, non sia qualificabile né come Titolare né come Responsabile del trattamento alla stregua dell'art. 4, nn. 7 e 8, e per gli effetti degli artt. 24 ss. e 28, del GDPR.