



**GARANTE
PER LA PROTEZIONE
DEI DATI PERSONALI**

Parere sullo Schema di regolamento volto a sostituire il d.P.R. n. 178 del 2010 recante disposizioni per il funzionamento del c.d. “registro delle opposizioni”, da adottare in attuazione dell’articolo 1, comma 15, della legge 11 gennaio 2018, n. 5 - 10 dicembre 2020 [9517462]

[doc. web n. 9517462]

Parere sullo Schema di regolamento volto a sostituire il d.P.R. n. 178 del 2010 recante disposizioni per il funzionamento del c.d. “registro delle opposizioni”, da adottare in attuazione dell’articolo 1, comma 15, della legge 11 gennaio 2018, n. 5 - 10 dicembre 2020

Registro dei provvedimenti
n. 260 del 10 dicembre 2020

IL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

Nella riunione odierna, alla quale hanno preso parte il prof. Pasquale Stanzione, presidente, la prof.ssa Ginevra Cerrina Feroni, vice presidente, il dott. Agostino Ghiglia e l’avvocato Guido Scorza, componenti e del cons. Fabio Mattei, segretario generale;

Viste le richieste di valutazioni pervenute dal Ministero dello sviluppo economico;

Visto il Regolamento (UE) 2016/679, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati, di seguito Regolamento);

Visto il Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento nazionale al regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (decreto legislativo n. 196 del 2003, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, di seguito Codice);

Vista la documentazione in atti;

Viste le osservazioni del segretario generale ai sensi dell’articolo 15 del regolamento del Garante n. 1/2000;

Relatore il prof. Pasquale Stanzione;

PREMESSO

1. Con nota del 19 ottobre u.s. l’ufficio legislativo del Ministero dello sviluppo economico ha trasmesso a questa Autorità il parere dal Consiglio di Stato n. 1139/2020 sullo schema di regolamento destinato a sostituire il d.P.R. n. 178 del 2010 recante disposizioni per il funzionamento del c.d. “registro delle opposizioni” (RPO).

Su tale schema, volto a estendere le previsioni di tale registro a tutte le numerazioni nazionali fisse e mobili, che siano o meno riportate negli elenchi di contraenti di cui all’articolo 129 del Codice, in attuazione dell’articolo 1, comma 15, della legge 11 gennaio 2018, n. 5, su cui il Garante ha reso a suo tempo parere, all’esito di numerose interlocuzioni intercorse fra l’Ufficio e rappresentanti

del Ministero nell'ambito di un tavolo di lavoro appositamente istituito (parere 30 aprile 2019, n. 109 - doc. web n. [9109315](#)).

Con la citata nota, il Ministero richiamando l'attenzione sulle osservazioni rese dal Consiglio di Stato nel citato parere riguardo al regime sanzionatorio per gli illeciti amministrativi in tale materia, ha ritenuto opportuno acquisire le valutazioni di questa Autorità in merito, in particolare, alla specificazione delle condotte rilevanti per l'integrazione dell'illecito amministrativo e delle sanzioni applicabili.

Con successiva comunicazione via mail del 26 novembre, il Ministero ha trasmesso una versione dello schema di regolamento aggiornata con le modifiche e le revisioni apportate per adeguare il testo ai molteplici rilievi avanzati nei diversi pareri resi in materia, oltre che dal Garante e dal Consiglio di Stato, anche dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dagli uffici del Ministro per la pubblica amministrazione e da ultimo dall'ufficio legislativo del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, corredata di una relazione illustrativa recante il dettaglio di ogni riscontro e intervento effettuato in base alle osservazioni formulate nei suddetti pareri, chiedendone una valutazione definitiva.

RITENUTO

2. Con il parere trasmesso, il Consiglio di Stato (v. punti da 3.6.1. a 3.6.4.) ha mosso due distinti rilievi:

a) in primo luogo, nel precisare che il regime sanzionatorio per gli illeciti amministrativi in tale materia è pedissequamente regolato dalla legge n. 5/2018, ha osservato che tale legge “non attribuisce, dunque, all'amministrazione alcuna potestà derogatoria al regime sanzionatorio” e quindi non sarebbe consentito al Ministero, “introdurre nell'ordinamento giuridico nuove fattispecie illecite, in assenza del necessario potere attribuitogli dal legislatore e a fronte di un quadro normativo primario comunque compiuto e definito” (principio di legalità);

b) in secondo luogo, ha rilevato il difetto di coordinamento fra le norme deputate a sanzionare il divieto di utilizzo di compositori telefonici per la ricerca automatica di numeri (art. 1, comma 14, l. n. 5/2018 e artt. 8, comma 5, e 12, comma 4, dello schema di regolamento), posto che la disposizione di rango primario prevede l'applicazione della sanzione amministrativa di cui all'articolo 162, comma 2-bis, del decreto legislativo n. 196/2003, abrogato dal decreto legislativo n. 101 del 2018, di “attuazione” del Regolamento, mentre lo schema di decreto rinvia a quella di cui al novellato articolo 166, comma 2, del Codice. Per tali motivi l'organo consultivo ha reputato necessario proporre la soppressione dei commi 2 e 3 dell'articolo 12 dello schema e, rilevando la difficile interpretazione del quadro normativo – anche perché “l'articolo 83, par. 5, del Regolamento (UE) n. 679/2016 prevede, infatti, una serie di condotte rilevanti che le fonti normative primarie (D.Lgs. n. 196 del 2003 e D.Lgs. n. 101 del 2018) non hanno chiaramente specificato quanto al profilo della condotta e della sanzione applicabile” - ha ritenuto opportuno, un “intervento chiarificatore del legislatore sulla specificazione delle condotte rilevanti dal punto di vista dell'illecito amministrativo e delle sanzioni applicabili, tanto più che la legge 24 novembre 1981, n. 689 sancisce l'inderogabile principio di legalità a fondamento delle fattispecie tipizzate come illecitamente rilevanti”, trasmettendo il parere al Dipartimento affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Al riguardo si svolgono le seguenti osservazioni.

2.1. Per quanto riguarda, in generale, il richiamo delle norme sanzionatorie nel regolamento attuativo della legge, non possono che condividersi le valutazioni del Consiglio di Stato circa il divieto di replicare nella norma regolamentare quanto già disposto dalla norma primaria, con ciò apprezzando il fatto che nella nuova versione del decreto sono stati correttamente eliminati tutti i riferimenti relativi alle norme sanzionatorie ed è stato chiaramente espresso che, in caso di violazione del regolamento, il contraente si avvale delle forme di tutela di cui al capo VIII del Regolamento e alla Parte III del Codice (cfr. art. 13 schema di decreto).

2.2. Con riferimento al primo punto sollevato dal Consiglio di Stato, si osserva che la fattispecie tipica dell'illecito è già chiaramente individuata dall'articolo 130, commi 3 e 3-bis, del Codice, nel quale la condotta viene descritta come “comunicazione” indesiderata effettuata “mediante l'impiego del telefono e della posta cartacea per le finalità di invio di materiale pubblicitario o per il compimento di ricerche di mercato...nei confronti di chi non abbia esercitato il diritto di opposizione...mediante l'iscrizione della numerazione...in un registro pubblico delle opposizioni”. La disposizione appena citata precisa che la stessa si applica in deroga all'articolo 129 del medesimo Codice (elenchi pubblici) ma, opportunamente integrata con la legge n. 5/2018, si deve ora considerare estesa a tutte le numerazioni telefoniche (anche non presenti negli elenchi). Se, in tali termini, il precetto appare correttamente delineato, altrettanto puntualmente si esprime la corrispondente norma sanzionatoria rinvenibile nell'articolo 166,

comma 2, del Codice.

Sotto questo profilo, in conclusione, il combinato disposto degli articoli 166, comma 2, del Codice -che fa espresso riferimento all'articolo 130 del medesimo Codice - e 1, comma 10, della legge n. 5 del 2018, rappresentano la base normativa dell'illecito in questione.

2.3. Relativamente al secondo rilievo, concernente il divieto di utilizzo di compositori telefonici per la ricerca automatica di numeri, una volta espunti dallo schema di regolamento -secondo le condivisibili indicazioni del Consiglio di Stato - gli articoli 12, comma 4, e 8, comma 5 (rispettivamente sanzione e precetto della fattispecie), il divieto in questione resta disciplinato dall'articolo 1, comma 14, della legge n. 5/2018 che però, come abbiamo visto, reca il rinvio alla sanzione amministrativa di cui all'articolo 162, comma 2-bis, del decreto legislativo n. 196/2003, abrogato dal decreto n. 101 del 2018.

Al riguardo si osserva che il medesimo decreto legislativo n. 101 del 2018 ha integrato il comma 1 dell'articolo 130 del Codice prevedendo che "...Resta in ogni caso fermo quanto previsto dall'art. 1, comma 14, della legge 11 gennaio 2018, n. 5". Nel quadro normativo vigente (rispettando la successione delle norme nel tempo), dunque, si ritiene individuabile la norma "prelettiva" nel predetto articolo 130, comma 1, come integrato, e la corrispondente norma sanzionatoria nell'articolo 166, comma 2, del Codice, che rinvia espressamente al ripetuto articolo 130.

Se tale può essere la soluzione sul piano interpretativo, nondimeno resta evidente il "valore aggiunto" di un intervento chiarificatore del legislatore, invocato dal Consiglio di Stato, che aggiorni il richiamo alla norma sanzionatoria contenuto nell'articolo 1, comma 14, della legge n. 5/2018 con il rinvio all'articolo 166, comma 2, del Codice.

3. Come descritto in premessa, il Ministero ha trasmesso una versione dello schema aggiornata con le modifiche e le revisioni apportate per adeguare il testo ai molteplici rilievi avanzati nei diversi pareri resi in materia.

Al riguardo, nel prendere atto favorevolmente del recepimento pressoché integrale delle indicazioni rese dal Garante nel parere del 2019, si riportano di seguito alcune osservazioni sul testo aggiornato di regolamento.

3.1. Nell'articolo 2, comma 2, dello schema, si individua l'ambito di applicazione del regolamento con riferimento ai trattamenti effettuati, mediante "l'impiego del telefono" oppure tramite posta cartacea, per fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale, delle pertinenti numerazioni telefoniche. La versione originaria dello schema, sulla quale il Garante ha reso parere, si riferiva invece ai trattamenti effettuati "mediante operatore umano con l'impiego del telefono".

La medesima locuzione è riportata anche in altri articoli dello schema (artt. 1, comma 1, lett. c), 7, commi 4,5,6 e 12, e 8, comma 2).

Tale modifica è il portato delle osservazioni rese sotto questo profilo dall'AGCOM e recepite dal Ministero nell'aggiornamento del testo al fine di ricomprendere nell'ambito di applicazione del regolamento anche i trattamenti effettuati con sistemi automatizzati di chiamata, senza l'intervento dell'operatore (cfr. relazione illustrativa, punto 1.1., nella quale il ministero precisa che così "l'opposizione ha effetto su tutti i trattamenti -sia human sia automatizzati- svolti mediante l'impiego del telefono).

Tale scelta non appare rispettosa del quadro normativo di rango primario di riferimento.

Il registro delle opposizioni è istituito e il suo funzionamento è regolato dall'articolo 130, commi 3-bis, 3-ter e 3-quater del Codice e dalla menzionata legge n. 5/2018.

L'articolo 130 del Codice, nel disciplinare tutte le comunicazioni indesiderate, opera una chiara distinzione tra comunicazioni effettuate con modalità automatizzate (commi 1 e 2) e comunicazioni con l'intervento dell'operatore (comma 3). Mentre nel primo caso il trattamento è consentito esclusivamente con il consenso del contraente o utente (modalità cd. opt-in), per tutte le comunicazioni effettuate con mezzi diversi si applicano gli articoli 6 e 7 del Regolamento (in materia di basi giuridiche dei trattamenti), nonché quanto previsto dal citato comma 3-bis che, con riguardo all'impiego del telefono e della posta cartacea, consente il trattamento nei confronti di chi non abbia esercitato il diritto di opposizione mediante iscrizione in apposito registro (modalità c.d. opt-out).

In tale contesto, l'estensione del registro alle comunicazioni automatizzate è logicamente esclusa, stante il chiaro dettato del primo comma del ripetuto articolo 130 del Codice, che individua la base giuridica unicamente nel consenso (da intendersi come manifestazione di volontà "preventiva"). Una diversa interpretazione, del resto, priverebbe di significato tale disposizione, generando una inammissibile incongruenza normativa dove invece il legislatore ha volutamente previsto due livelli di tutela diversi.

Inoltre, la legge n. 5/2018, definisce chiaramente l'ambito di applicazione delle regole sul funzionamento del registro, individuato nell'opposizione al trattamento delle numerazioni telefoniche "effettuato mediante operatore con l'impiego del telefono".

La proposta, infine, non pare condivisibile neanche sul piano della logica sistematica.

Nel quadro sopra descritto, infatti, la regola generale prevede che non si possano effettuare chiamate promozionali nei confronti di soggetti iscritti nel registro, fatti salvi eventuali consensi da questi espressi nei confronti di specifici titolari del trattamento. In questi casi, il consenso rappresenta una base giuridica "in deroga", mentre rispetto alle comunicazioni automatizzate è l'unica base giuridica possibile. L'articolo 1, comma 5, della legge n. 5/2018 dispone, che, con l'iscrizione al nuovo registro, saranno revocati tutti i consensi precedentemente espressi lasciando agli interessati la possibilità di esprimerne di nuovi nei confronti di specifici operatori, successivamente all'iscrizione al registro. Tale revoca a tappeto è pertanto dipendente dall'iscrizione al registro che, come detto, la legge consente solo per le chiamate telefoniche con operatore.

In conclusione, si ritiene necessario, sul punto, ripristinare l'originaria versione dello schema di regolamento, sostituendo, ovunque ricorra, la locuzione "mediante l'impiego del telefono" con "mediante operatore umano con l'impiego del telefono".

3.2. In relazione a quanto disposto all'articolo 14 (abrogazione e disciplina transitoria), non si comprende l'utilità di abrogare il DPR n. 178 del 2010 solo decorsi 30 giorni dalla data di operatività del nuovo registro; infatti, nel momento in cui quest'ultimo sarà pienamente operativo, la permanenza in vigore del "vecchio" decreto non solo non sarà più necessaria, ma potrebbe comportare la compresenza di norme, entrambe vigenti, in contrasto fra loro.

TUTTO CIÒ PREMESSO IL GARANTE

1) ai sensi dell'articolo 57, comma 1, lett. c), del Regolamento, esprime parere favorevole sul testo aggiornato dello schema di regolamento volto a sostituire il d.P.R. n. 178 del 2010 recante disposizioni per il funzionamento del c.d. "registro delle opposizioni", da adottare in attuazione dell'articolo 1, comma 15, della legge 11 gennaio 2018, n. 5, con la seguente condizione:

- nello schema di regolamento, la locuzione "mediante l'impiego del telefono", ovunque ricorra, sia sostituita dalla seguente: "mediante operatore umano con l'impiego del telefono" (punto 3.1.).

2) esprime le valutazioni di competenza sulle osservazioni rese dal Consiglio di Stato sul medesimo schema di regolamento, nei termini di cui al punto 2.

Roma, 10 dicembre 2020

IL PRESIDENTE
Stanzione

IL RELATORE
Stanzione

IL SEGRETARIO GENERALE
Mattei