

Il Garante predispone una relazione annuale sull'attività svolta e sullo stato di attuazione della normativa sulla *privacy* che viene trasmessa al Parlamento e al Governo.

In ambito internazionale il Garante fa parte dell'EDPB e partecipa alle attività dell'Unione europea ed internazionali di settore, anche in funzione di controllo e assistenza relativamente ai sistemi di informazione Europol, Schengen, VIS, e altri.

II.2.4. La protezione della *privacy* nelle comunicazioni elettroniche.

Il Capo I del Titolo X del Codice Privacy, così come modificato, da ultimo, in seguito al d.lgs. n. 101 del 10 agosto 2018, è dedicato alle comunicazioni elettroniche.

L'art. 121, co. 1, specifica che le disposizioni di cui al predetto titolo si applicano al trattamento dei dati personali connesso alla fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico su reti pubbliche di comunicazioni, comprese quelle che supportano i dispositivi di raccolta dei dati e di identificazione. Nel medesimo articolo, al co. 1-*bis*, il legislatore fornisce, poi, una serie di definizioni.

In particolare, si richiamano le definizioni di: *i*) “comunicazione elettronica”, ogni informazione scambiata o trasmessa tra un numero finito di soggetti tramite un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico; *ii*) “reti di comunicazione elettronica”, i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e le altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici; *iii*) “servizio di comunicazione elettronica”, i servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva.

Sul piano soggettivo si osserva come rispetto alla figura dell'interessato, rilevi quella di “contraente” da intendersi come qualunque persona fisica, persona giuridica, ente o associazione parte di un contratto con un fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico per la fornitura di tali servizi, o comunque destinatario di tali servizi tramite schede prepagate. Emerge, quindi, che se dopo l'intervento legislativo del 2011 “interessato” può essere solo una persona fisica, mentre “contraente” può essere tanto una persona fisica, quanto una persona giuridica. In questo senso si è espresso anche il Garante (provv. 20 settembre 2012, n. 262, *Ap-*

plicabilità alle persone giuridiche del Codice in materia di protezione dei dati personali a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 201/2011) in relazione all'applicabilità alle persone giuridiche del titolo X del Codice, nonché in ordine al divieto di invio di comunicazioni indesiderate alle relative utenze (provv. 4 luglio 2013, n. 330, *Linee guida in materia di attività promozionale e contrasto allo spam*).

L'incidenza della definizione di contraente sull'ambito soggettivo di applicazione del Titolo X determina l'attribuzione dei diritti di cui agli artt. da 122 a 132-*quater* anche alle persone giuridiche, ma non anche dell'apparato rimediabile descritto dal Codice (previgente e attuale). Le persone giuridiche non sono, infatti, legittimate a presentare reclami o ricorsi al Garante, né possono esercitare gli ulteriori diritti di cui agli artt. 15 ss. del Regolamento, già 7 e seguenti del Codice previgente.

Ai contraenti-persone giuridiche non è tuttavia precluso il ricorso agli strumenti di tutela ordinari previsti e, in particolare, ai rimedi civilistici quali, ad esempio, l'azione inibitoria e/o l'azione di risarcimento del danno, fermo il potere di effettuare, ai sensi dell'art. 144 del Codice, segnalazioni al Garante affinché eserciti i poteri di cui all'art. 58 del Regolamento.

L'ambito della disciplina sul trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche riguarda le informazioni scambiate tra una cerchia di soggetti, individuati o individuabili, ma costituenti, comunque, un numero finito. Vi rientrano, in altri termini, le comunicazioni rivolte ad una platea definita di destinatari, restando escluse informazioni trasmesse al pubblico, anche se tramite una rete di comunicazione elettronica, come parte di un servizio di radiodiffusione, salvo che le informazioni non siano collegate ad un contraente identificato. Sono soggetti all'applicazione della disciplina qui richiamata anche i servizi di *Voice over Internet Protocol*, c.d. *VoIP*.

Per tale ragione sono esclusi dall'ambito di applicazione i servizi di *broadcasting*, ossia di distribuzione di contenuti, di qualunque natura, operata in modo unilaterale a favore di un pubblico indiscriminato e non preventivamente individuabile.

La *ratio* di tale disciplina di settore pare essere rinvenibile nella circostanza che la gestione di segnali sulle reti di comunicazione elettronica presuppone l'utilizzo di dati ulteriori rispetto al singolo messaggio trasmesso, la cui disponibilità permette di conoscere maggiori e più penetranti aspetti della vita privata dei soggetti che si scambiano la comunicazione. Ogni qual volta si fa uso di uno di questi servizi, infatti, i dati trasmessi da un apparecchio all'altro transitano sulle reti elettroniche e vengono memorizzati da *server*, i cui titolari sono i gestori delle reti stesse.

L'art. 122, co. 1, sancisce a tal proposito che *«l'archiviazione delle informazioni nell'apparecchio terminale di un contraente o di un utente o l'accesso a informazioni già archiviate sono consentiti unicamente a condizione che il contraente o l'utente abbia espresso il proprio consenso dopo essere stato informato con modalità semplificate. Ciò non vieta l'eventuale archiviazione tecnica o l'accesso alle informazioni già archiviate se finalizzati unicamente ad effettuare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria al fornitore di un servizio della società dell'informazione esplicitamente richiesto dal contraente o dall'utente a erogare tale servizio»*.

Quanto al trattamento dei dati personali nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica deve osservarsi che l'art. 123 del Codice ne impone l'immediata cancellazione o anonimizzazione quando gli stessi non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica, fatte salve le esigenze di fatturazione per il contraente, ivi incluso l'esigenza di accertare frodi.

Dopo aver stabilito i principi generali di riferimento, dunque, il legislatore elenca una serie di regole molto dettagliate ed estremamente tecniche di cui si propone una rapida disamina, rinviando per una più puntuale analisi delle norme del Codice.

L'art. 124 è una norma che prevede una serie di regole, relative essenzialmente ai dati da inserire o no nelle fatture relative ai servizi di comunicazione elettronica, che tutelano l'utente, oltre che sul piano della *privacy*, su quello contrattualistico e consumeristico.

L'art. 125, concernente la possibilità per l'utente di identificare le linee coinvolte nelle comunicazioni elettroniche, dispone che il fornitore del servizio assicuri all'utente chiamante la possibilità di impedire, gratuitamente e con mezzi semplici, la presentazione dell'identificazione della linea chiamante.

Strettamente connessa a tale norma è quella di cui all'art. 127, relativo alle chiamate di disturbo, ove si dispone che l'abbonato il quale riceva chiamate di disturbo possa richiedere che il fornitore della Rete pubblica di comunicazioni o del servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico renda temporaneamente inefficace la soppressione della presentazione dell'identificazione della linea chiamante e conservi i dati relativi alla provenienza della chiamata ricevuta.

In questo modo, il legislatore ha voluto, da un lato, offrire all'utente la possibilità di non essere identificato nel corso di una comunicazione, dall'altro, evitare che si verificano delle situazioni di abuso che comportino disturbi e disagi ai consociati.

Sulla stessa impronta di tutela degli utenti da potenziali abusi posti in essere da terzi, l'art. 128 dispone che i fornitori debbono consentire a ciascun abbonato di poter bloccare il trasferimento di chiamata verso il proprio terminale.

L'art. 129 attribuisce, poi, specificamente, al Garante la possibilità di individuare con proprio provvedimento, in cooperazione con l'AGCOM ai sensi dell'art. 154, co. 4, e in conformità alla normativa dell'Unione europea, le modalità di inserimento e di successivo utilizzo dei dati personali relativi ai contraenti negli elenchi cartacei o elettronici a disposizione del pubblico. Tale provvedimento deve individuare, inoltre, delle modalità idonee per la manifestazione del consenso all'inclusione negli elenchi e all'utilizzo dei dati per finalità di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale nonché per le finalità di cui all'art. 21, par. 2, del Regolamento (art. 129, co. 2).

La disciplina relativa agli elenchi telefonici è stata oggetto di numerosi interventi normativi nel corso degli ultimi anni. In particolare, il Garante Privacy, era intervenuto, in un primo momento, sul punto, in accordo con l'AGCOM, con il provvedimento a carattere generale del 23 maggio 2002 finalizzato alla determinazione delle tipologie di dati, delle modalità e delle condizioni da rispettare per redigere e pubblicare gli elenchi telefonici. Con tale provvedimento veniva riconosciuto all'utente il diritto di non apparire negli elenchi e di scegliere quali dati pubblicare (ad es. numero di casa o del cellulare, o *e-mail*).

In seguito all'entrata in vigore del Codice Privacy, sono state emanate altre due prescrizioni, aventi ad oggetto rispettivamente gli elenchi telefonici alfabetici, quella del 15 luglio 2004, e gli elenchi telefonici categorici, quella del 14 luglio 2005. Sono elenchi telefonici categorici quelli aventi carattere commerciale e promozionale, contenenti varie informazioni relative allo svolgimento delle attività economiche ed equiparate dei soggetti interessati, in particolare aziende, professionisti, esercizi commerciali ed enti, mentre scopo degli elenchi alfabetici è unicamente quello di consentire la mera ricerca dell'abbonato per comunicazioni interpersonali.

In base al combinato disposto di cui agli artt. 129 e 130 del Codice Privacy, fino al settembre 2009, era possibile trattare i dati raccolti da pubblici registri o elenchi conoscibili da chiunque ai fini dell'invio di comunicazioni commerciali solo in forza di un preventivo consenso prestato dall'interessato.

Questa disciplina è stata modificata dall'art. 20-*bis*, co. 1, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, che ha introdotto, all'art. 130 il co. 3-*bis* nel quale si legge

che, in deroga a quanto disposto dall'art. 129, i dati contenuti negli elenchi telefonici possono essere trattati per mezzo del telefono a fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale, nei confronti di chi non abbia esercitato il diritto di opposizione, mediante l'iscrizione della numerazione della quale è intestatario in un registro pubblico delle opposizioni. Sul punto, deve aggiungersi che con il già menzionato d.lgs. n. 70/2011 è stata estesa la possibilità d'impiego dei dati presenti negli elenchi telefonici anche all'invio di posta cartacea pubblicitaria.

Il registro pubblico delle opposizioni, istituito dal d.p.r. 7 settembre 2010, n. 178, è gestito dalla Fondazione Ugo Bordoni per conto del Ministero dello Sviluppo Economico, sotto la vigilanza del Garante Privacy. Questo nuovo strumento consente agli utenti di opporsi con una sola iscrizione al trattamento dei dati da parte di qualsiasi operatore commerciale sia per quanto riguarda le utenze telefoniche, fisse e mobili, che per quanto riguarda la posta cartacea.

Si osserva come la legge 11 gennaio 2018, n. 5, recante «*Nuove disposizioni in materia di iscrizione e funzionamento del registro delle opposizioni e istituzione di prefissi nazionali per le chiamate telefoniche a scopo statistico, promozionale e di ricerche di mercato*», abbia previsto che possono iscriversi al Registro gli interessati che vogliono opporsi al trattamento delle proprie numerazioni telefoniche effettuato mediante operatore con l'impiego del telefono per fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale.

Rilevante ai fini della reale utilità del Registro la previsione di una responsabilità del titolare del trattamento dei dati personali, anche in solido nel caso di affidamento a terzi di attività di *call center*, in caso di contatti verso utenze rispetto alle quali è stata presentata opposizione. A tal fine è previsto per gli operatori che utilizzano i sistemi di pubblicità telefonica e di vendita telefonica o che compiono ricerche di mercato o comunicazioni commerciali telefoniche l'obbligo di consultare mensilmente, e comunque precedentemente all'inizio di ogni campagna promozionale, il Registro e di aggiornare le proprie liste. Ciò in quanto, come previsto al co. 5 della citata legge n. 5/2018, con l'iscrizione al Registro si intendono revocati tutti i consensi precedentemente espressi, con qualsiasi forma o mezzo e a qualsiasi soggetto, che autorizzano il trattamento delle proprie numerazioni telefoniche fisse o mobili effettuato mediante operatore con l'impiego del telefono per fini di pubblicità o di vendita ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale ed è altresì precluso, per le me-

desime finalità, l'uso delle numerazioni telefoniche cedute a terzi dal titolare del trattamento sulla base dei consensi precedentemente rilasciati. È, invece, valido il consenso prestato successivamente all'iscrizione al Registro.

Le recenti riforme non hanno, comunque, inciso sulla disciplina delle comunicazioni commerciali effettuate con strumenti diversi dal telefono e dalla posta cartacea (ad es. *e-mail* o chiamate automatizzate senza operatore), per le quali è sempre necessaria la preventiva acquisizione del consenso informato dell'utente.

L'art. 130, quindi, accorda la medesima tutela ai contraenti, sia persone fisiche che giuridiche, ed agli utenti che devono poter esprimere il preventivo consenso per la ricezione di materiale pubblicitario, per la vendita diretta, per il compimento di ricerche di mercato o per la comunicazione commerciale, attuata mediante l'uso di sistemi automatizzati di chiamata o di comunicazione di chiamata senza l'intervento di un operatore.

Da ultimo occorre rilevare, altresì, come sempre nell'art. 130, co. 1, venga fatto esplicito riferimento al divieto contenuto nell'art. 1, co. 14, legge 11 gennaio 2018, n. 5.

Per garantire la tutela non solo degli identificativi delle utenze, ma anche l'inviolabilità delle comunicazioni, l'art. 131 del Codice prevede, poi, l'obbligo per il fornitore del servizio di informare i contraenti e gli utenti, ove possibile, qualora vi sia il rischio che si verifichi, o si sia già verificata, una captazione delle comunicazioni per errore o con dolo da parte di terzi. Al co. 3, è previsto, altresì, l'obbligo per l'utente, di avvisare a sua volta l'altro utente quando sono utilizzati dei dispositivi che consentono l'ascolto della conversazione in corso da parte di altri soggetti.

In linea con la riforma, di cui al GDPR, l'art. 132-*ter*, al fine di garantire la sicurezza nel trattamento, prevede che il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico adotti, ai sensi dell'art. 32 del Regolamento, anche attraverso altri soggetti a cui sia affidata l'erogazione del servizio, delle misure tecniche e organizzative adeguate al rischio esistente.

Il successivo art. 132-*quater*, invece, impone al fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico, il dovere di informare gli abbonati e, ove possibile, gli utenti, mediante un linguaggio chiaro, idoneo e adeguato rispetto alla categoria e alla fascia di età dell'interessato, se sussiste un particolare rischio di violazione della sicurezza della rete, indicando, quando il rischio è al di fuori dell'ambito di applicazione delle misure che il fornitore stesso è tenuto ad adottare tutti i possibili rimedi e i relativi costi presumibili. Analoghe informazioni devono essere rese, altresì, al Garante e all'AGCOM.

Occorre, infine, ricordare come alcune modifiche apportate al Codice Privacy siano avvenute, negli anni precedenti, in attuazione delle direttive 2009/136/CE, in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, e 2009/140/CE in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica e del Regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori.

Deve, peraltro, evidenziarsi come il settore delle comunicazioni elettroniche sia stato oggetto di riforma con l'adozione della direttiva 2018/1972/UE che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, ancora non recepita in Italia, e come, con specifico riferimento alla disciplina in materia di protezione dei dati personali, sia in discussione un progetto di Regolamento di cui si dirà più avanti.

II.2.4.1. La profilazione e i Big Data.

La profilazione può essere intesa come quell'insieme di attività di raccolta ed elaborazione dei dati inerenti agli individui che utilizzano un determinato servizio, nella loro triplice valenza di consumatori, utenti e cittadini, al fine di suddividerli in gruppi a seconda del loro comportamento. Più specificamente il monitoraggio del comportamento degli individui all'interno dell'Unione finalizzato alla profilazione coincide con la possibilità di adottare decisioni che li riguardano, analizzare o prevedere le loro preferenze ed i loro comportamenti.

In ambito commerciale tale attività coincide, ad esempio, con la definizione dei gusti e delle propensioni all'acquisto di un consumatore mediante il monitoraggio delle attività che quest'ultimo compie sul *web*. In tale contesto l'attività di raccolta e utilizzo dei dati viene svolta con l'obiettivo principale di poter offrire alle imprese delle informazioni, sempre più aggiornate e complete, sugli utenti e sui consumatori ovvero sui possibili soggetti ritenuti compatibili con i beni o i servizi offerti. I dati raccolti, vengono, infatti, usati per poter migliorare i processi di ricerca e sviluppo e per riuscire a fornire dei prodotti che possano essere sempre più orientati alle esigenze del singolo consumatore. In ambito commerciale la profilazione dell'utente è, altresì, il mezzo che consente la fornitura di servizi personalizzati oppure l'invio di pubblicità comportamentale.

La tematica della profilazione è molto delicata perché finisce per coinvolgere diversi aspetti legati alla *privacy* e alla protezione dei dati personali visto che, attraverso l'analisi delle informazioni raccolte, è possibile ricostruire la personalità degli utenti, le loro abitudini e i loro gusti.