

Una soluzione alternativa al parere del Garante

Ruolo del consulente del lavoro nel rapporto con i clienti

Pietro Scudeller - Avvocato

Con **provvedimento del 22 gennaio 2019** il **Garante della privacy** ha dato il proprio parere sul ruolo che, ai fini del rispetto della normativa sulla privacy, il consulente del lavoro può assumere nei rapporti con i propri clienti, in relazione ad incarichi di amministrazione del personale conferiti dai medesimi.

Il parere era stato sollecitato dal Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro, al fine di ottenere conferma delle indicazioni date agli iscritti con la circolare n. 1150 del 23 luglio 2018.

Entrambi gli atti mirano a chiarire quale sia il ruolo che i consulenti del lavoro possono o debbono assumere nei rapporti con i propri clienti ed in particolare, se, nella loro veste di incaricati alla gestione dell'amministrazione del personale dei propri clienti e pertanto nello svolgimento di operazioni di trattamento di dati, personali ed anche sensibili, dei dipendenti e collaboratori dei propri clienti, essi agiscano in qualità di titolari, a norma dell'art. 15, D.Lgs. n. 51 del 18 maggio 2018, ovvero in qualità di responsabili, a norma dell'art. 18, medesimo Decreto legislativo, nominati dai datori di lavoro loro clienti.

Il parere sembra voler distinguere nell'attività dei consulenti del lavoro un doppio ruolo: quello di titolare, relativamente ai trattamenti di "dati dei propri dipendenti ovvero dei propri clienti (persone fisiche)"; quello diverso di responsabile relativamente ai trattamenti di "dati dei dipendenti del cliente".

Precisa infatti il Garante:

"Nel primo caso il consulente del lavoro agisce in piena autonomia e indipendenza determinando puntualmente le finalità e i mezzi del trattamento

dei dati del cliente per il perseguimento di scopi attinenti alla gestione della propria attività. Per tali ragioni, egli ricopre il ruolo di titolare del trattamento (art. 4, par. 1, punto 7, del Regolamento), in quanto non si limita ad effettuare un'attività meramente esecutiva di trattamento, 'per conto' del cliente, bensì esercita un potere decisionale del tutto autonomo sulle finalità e i mezzi del trattamento.

Nel secondo caso occorre fare riferimento alla figura del responsabile, che, anche in base alla nuova disciplina pienamente in vigore nel nostro ordinamento a far data dal 25 maggio 2018 rimane connotata dallo svolgimento di attività delegate dal titolare il quale, all'esito di proprie scelte organizzative, può individuare un soggetto particolarmente qualificato allo svolgimento delle stesse (in termini di conoscenze specialistiche, di affidabilità, di struttura posta a disposizione, v. considerando 81, Reg. cit.), delimitando l'ambito delle rispettive attribuzioni e fornendo specifiche istruzioni sui trattamenti da effettuare. Il titolare pertanto è il soggetto che, alla luce del concreto contesto nel quale avviene il trattamento, assume le decisioni di fondo relative a finalità e modalità di un trattamento lecitamente effettuato in base ad uno dei criteri di legittimazione individuati dall'ordinamento (v. artt. 6 e 9 del Regolamento)".

Ciò ha fatto ritenere ad alcuni⁽¹⁾ che la regola sia quindi quella per cui ciascun cliente che affida al consulente del lavoro l'incarico di amministrazione del proprio personale debba nominare il professionista quale proprio responsabile esterno dei trattamenti dei dati dei propri dipendenti.

(1) Vedi Unindustria Pordenone, Notizia PN19.0285 del 18 febbraio 2019. Nello stesso senso anche Potito Di Nunzio,

Ruolo e responsabilità dei Consulenti del lavoro in materia di privacy, in *Guida al lavoro* n. 9 del 22 febbraio 2019, pag. 15.

Ma tale soluzione non appare coerente con la realtà dell'operatività quotidiana degli studi professionali e criticabile rispetto a quanto ricavabile dai testi normativi.

È opportuno, quindi, approfondire quale sia la soluzione più corretta in tali casi.

Autonomia nella determinazione di finalità e mezzi

Chi scrive ritiene che il consulente del lavoro, che operi all'interno di uno studio professionale autonomo (normalmente per una pluralità di clienti, ma sarebbe lo stesso anche se il cliente fosse uno solo), operi senz'altro quale titolare dei trattamenti dei dati allo stesso affidati dai suoi clienti, senza alcuna necessità di nomina del medesimo quale responsabile da parte del cliente a sua volta quale titolare del trattamento dei dati dei propri dipendenti.

Le ragioni a favore di una tale soluzione sono plurime.

Il rapporto che lega il consulente del lavoro incaricato di un'attività di amministrazione del personale di una certa durata con il proprio cliente, innanzitutto, è quello di contratto d'opera professionale (artt. 2229 e ss. c.c.) per l'amministrazione del personale e la consulenza del lavoro: di regola tale incarico sarà regolato con un contratto scritto, in relazione al quale il libero professionista già fornisce una apposita informativa privacy sulle modalità del trattamento di tutti i dati ricevuti (sia del cliente che dei suoi dipendenti); quel che è decisivo, quindi, è il fatto che il consulente del lavoro opera (di regola) quale libero ed autonomo professionista, in un rapporto con carattere di ampia autonomia nella determinazione delle finalità e dei mezzi da utilizzare nel trattamento di tali dati.

La libertà del professionista nel determinare finalità e mezzi dei trattamenti riconduce infatti il consulente del lavoro, al pari di qualsiasi altro libero professionista (avvocato, dottore commercialista, ingegnere, architetto, medico, ecc.), alla figura di titolare prevista dalla lettera h) dell'art. 2, D.Lgs. n. 51/2018.

Quando quindi il Garante afferma che "*Nel primo caso il consulente del lavoro ... non si limita ad effettuare un'attività meramente esecutiva di trattamento*", lasciando intendere che nel secondo caso, invece, l'attività del consulente avrebbe

tale natura "*meramente esecutiva*", fa un'affermazione che stride quindi già con la natura dell'incarico libero professionale che contraddistingue l'operato del consulente del lavoro.

Carattere decisivo ai fini della corretta riconduzione della figura del consulente del lavoro nel ruolo di titolare, tuttavia, va attribuito proprio alla definizione di quest'ultimo presente nella legge: è tale colui che "*determina le finalità e i mezzi del trattamento*": se sulle finalità di un certo trattamento vi può essere qualche dubbio interpretativo circa il soggetto cui spetta determinarle (sul punto si ritornerà più oltre), sui mezzi usati per il trattamento all'interno di uno studio professionale autonomo non vi è alcun dubbio: è il titolare dello studio che li determina e che quindi assume anche, ai fini delle norme sulla privacy, il ruolo di titolare dei trattamenti.

Il cliente del consulente del lavoro, infatti, non potendo determinare in alcun modo i mezzi utilizzati dal professionista, non può rientrare nella definizione di colui che, appunto "*determina le finalità e i mezzi del trattamento*"; egli non potrà quindi assumere ruolo e responsabilità di titolare dei trattamenti di dati svolti dal consulente del lavoro nel proprio studio professionale.

Controller e processor

Anche i termini in lingua inglese del Regolamento Ue (Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (Ue) 2016/679) depongono chiaramente in tal senso: titolare è infatti la traduzione di "*controller*", mentre responsabile lo è di "*processor*".

Evidente quindi che è titolare chi ha il potere di controllo (oltre che di decisione sui mezzi e sulle finalità) su un determinato trattamento (la parola inglese "*controller*" è traducibile infatti anche come "controllore", "sovrintendente", "direttore amministrativo").

I clienti di uno studio professionale non potranno infatti essere considerati titolari dei trattamenti che ivi vengono svolti, in quanto estranei ad ogni possibilità di loro influenza organizzativa e di controllo dei mezzi e dei metodi usati (non possono essere considerati controllori, direttori o sovrintendenti del professionista).

Né sarebbe equo pretendere da loro l'assunzione di un siffatto ruolo, cioè che sia caricata sugli stessi clienti la responsabilità connessa al ruolo di titolari, stante l'impossibilità di fatto per essi

di esercitare quei poteri di indirizzo e controllo dell'attività del libero professionista, compresa in particolare la scelta dei mezzi da usare nei trattamenti.

Non v'è chi non veda, infatti, che sarebbe persino assurdo ipotizzare che ogni cliente dello studio professionale debba (o possa) scegliere, ad esempio, il tipo di computer che il consulente del lavoro adotta per lo svolgimento dell'incarico, o il tipo di firewall che garantisca la sicurezza informatica dei dati da intrusioni indebite di terzi, o le persone adibite ai trattamenti specifici, cioè gli incaricati, ovverossia il personale dello studio professionale; così come non pare neppure ipotizzabile pretendere che il cliente del professionista possa svolgere anche solo il limitato compito di verificare che le scelte operate al riguardo dal professionista siano adeguate al rispetto delle normative sulla privacy.

Tanto più quando tale potere e responsabilità si pretenda di affidarlo a ciascun cliente per la parte dei trattamenti riguardanti i dati dei propri dipendenti, quando invece l'organizzazione dello studio professionale ed il trattamento dei dati di tutti i clienti e di tutti i loro dipendenti, così come ogni relativa scelta, sono rimessi evidentemente in via esclusiva al titolare dello studio professionale.

Si giungerebbe così al paradosso di uno studio professionale che risulterebbe responsabile magari anche di centinaia di clienti, ciascuno dei quali potrebbe dare "istruzioni" (art. 18, 3° c., lett. a) diverse sulle modalità operative dei trattamenti, pur riguardando tutti, invero, un processo di trattamento di molti dati di svariati soggetti che è organizzato dal professionista come unitario (e non frazionabile e sottoponibile a criteri e istruzioni diverse per ogni cliente).

Il responsabile del trattamento dei dati

Di contro, la figura del responsabile del trattamento dei dati, prevista dall'art. 28, Reg. Ue sulla privacy e dall'art. 18, D.Lgs. n. 51/2018 succitato, come di colui che agisce "per conto" del titolare, è infatti figura che, per quanto l'indicazione "per conto" possa essere equivoca ed insufficiente, è disegnata come collaboratore, assistente del titolare che opera *nell'ambito dei trattamenti svolti (diretti e controllati) dal titolare stesso*. Si tratta insomma di un suo aiutante, anche se incaricato indifferentemente, a tal fine, con contratto

di lavoro autonomo o subordinato. Non è quindi un soggetto esterno e diverso, come un libero professionista, dotato di ampia autonomia, che è già a sua volta titolare dei dati che tratta e dei trattamenti che svolge dei dati che riceve (peraltro, come notorio, quando si parla di liberi professionisti, oltre alla disciplina sui dati personali, che già li obbliga come qualsiasi altro titolare, sul rispetto della privacy dei dati trattati vi è anche la garanzia ancor più forte del segreto professionale, norma di carattere penale).

Nel senso qui indicato depongono, poi, svariate previsioni della legge: tra di esse quelle dell'art. 18, D.Lgs. n. 51/2018 che indicano come il responsabile "agisca soltanto su istruzione del titolare", "assisti il titolare del trattamento con ogni mezzo adeguato ...", "su scelta del titolare del trattamento cancelli o restituisca tutti i dati personali ...", "metta a disposizione del titolare del trattamento tutte le informazioni necessarie per dimostrare il rispetto delle condizioni ...". Parimenti l'art. 28, Reg. Ue aggiunge altresì per il responsabile l'obbligo seguente: "... e consenta e contribuisca alle attività di revisione, comprese le ispezioni, realizzati dal titolare ...".

Sono tutte previsioni che, evidentemente, riguardano attività relative a trattamenti posti sotto il controllo, la sfera di influenza (vedi la possibilità di ispezioni) e la responsabilità del titolare (nell'art. 28, comma 3, Reg. Ue, infatti, il contratto di incarico del responsabile è definito come "contratto ..., che vincoli il responsabile del trattamento al titolare"), non potendo riguardare, al contrario, trattamenti che si svolgono al di fuori della sua sfera di potere e controllo, come lo studio autonomo di un professionista (o come la sfera di qualsiasi altro titolare).

D'altra parte, rimanendo in ambito di normative di origine comunitaria, anche in materia di sicurezza sul lavoro, il D.Lgs. n. 81/2008 prevede la simile figura del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (Rspp), che, analogamente, è figura facoltativa e può essere incaricata, anche in quel caso, con contratto di lavoro sia subordinato sia autonomo; ma egli si occupa dei rischi e delle attività che vengono svolte nell'azienda del titolare, o comunque in aree sottoposte alla sua sfera di influenza e controllo, non certo delle attività che si svolgono presso uno studio professionale, ove pur si operi (genericamente) "per conto" del titolare dell'azienda.

Il responsabile in materia di privacy può considerarsi, sotto tale profilo, figura del tutto analoga. Ne è conferma anche l'uso, nella definizione della figura del responsabile, dell'espressione "per conto di" (*"on behalf of"*) che, nel nostro ordinamento, richiama senz'altro la figura del mandatario (art. 1703 c.c.) (per quanto, a parere del sottoscritto, le espressioni usate nelle normative privacy non debbano necessariamente coincidere con le categorie civilistiche tradizionali): *"con tale espressione s'intende che il risultato del fare del mandatario ricade nel patrimonio del mandante"* (2): ciò che avviene, appunto, laddove il responsabile si occupi di trattamenti la cui titolarità (sotto il profilo civilistico, cioè dei mezzi e delle attività) è riferibile al titolare dei trattamenti stessi; mentre sarebbe anomalo che la titolarità civilistica sia in capo allo stesso responsabile, configurandosi una disgiunzione tra titolarità civilistica da quella ai fini privacy, che, a quel punto, risulterebbe difficile da giustificare.

Si badi bene: l'attività del consulente del lavoro, oggetto del contratto d'opera, è svolta per conto del cliente e il risultato di tale opera ricade nel patrimonio del mandante: così la determinazione della retribuzione spettante al dipendente ricade nel patrimonio del datore di lavoro facendo nascere il debito, una volta liquidato, verso il proprio dipendente: ma l'attività di elaborazione o trattamento dei dati necessaria all'esecuzione del contratto d'opera, invece, ricade nel patrimonio dello stesso consulente, dando vita alla maturazione del suo compenso professionale, e può ritenersi non essere svolta per conto del cliente, ma per conto proprio, al fine appunto di realizzare l'incarico professionale affidato.

Pare quindi al sottoscritto che gli studi professionali gestiscano i dati che ricevono dai loro clienti, sia propri che di terzi (dei loro dipendenti), come titolari degli studi professionali medesimi e dei trattamenti che ivi svolgono, in piena autonomia e responsabilità; non sono degli assistenti dei trattamenti che vengono svolti dalle aziende clienti. Solo per questi ultimi trattamenti le imprese clienti (come qualsiasi altro titolare) hanno la facoltà di farsi adiuvar da soggetti "responsabili", che nomineranno con apposito contratto a tal fine, rispondente ai requisiti minimi obbliga-

tori di cui all'art. 28, Reg. Ue 679/2016, *alias* art. 18, D.Lgs. n. 51/2018.

Né può deporre in senso contrario il fatto che il consulente del lavoro tratti sia dati dei propri clienti sia dati, fornitigli da questi, di terzi, cioè dei loro dipendenti: essendo infatti pacifico ed espressamente previsto agli artt. 13 e 14, Reg. Ue che la raccolta dei dati trattati possa avvenire sia presso il diretto interessato sia presso terzi (cioè, in questo caso, presso i datori di lavoro).

Così come non si potrà pretendere, per fare un altro esempio, che il padre di famiglia che consegna al medico i dati dei propri famigliari in relazione ad un incarico di cure mediche resti il titolare del trattamento di quei dati da parte del medico, trovandosi costretto a nominare quest'ultimo responsabile del trattamento stesso, allo stesso modo non si potrà pretendere e neppure ipotizzare che il cliente di un consulente del lavoro debba nominare quest'ultimo responsabile dei trattamenti dei dati dei propri dipendenti che gli affida.

Diversamente interpretando, ogni impresa o datore di lavoro dovrebbe nominare responsabile (e lo dovrebbero fare anche coloro che non si avvalgono di un consulente del lavoro o di un commercialista) dei propri trattamenti anche molti altri soggetti ai quali forniscono dati di terzi (cioè dei propri dipendenti): ad es. l'Agenzia delle Entrate, l'Inps, i Fondi di previdenza, probabilmente anche alcuni altri fornitori, ecc., così come lo dovrebbero fare a loro volta il consulente del lavoro o il commercialista, creando così una catena infinita di responsabili di responsabili di responsabili (ed assumendosi oneri e responsabilità di ispezionare e verificare come questi soggetti operano nel trattare i dati loro conferiti, nonché istruendo i loro incaricati, ecc.).

Cosa che costituisce riprova dell'infondatezza di una siffatta interpretazione.

Il titolare del trattamento dei dati

Costituisce ulteriore conferma della correttezza della interpretazione qui invece proposta l'ultimo comma, art. 18, Decreto legislativo citato, il quale, nell'affermare che il responsabile del trattamento il quale, travalicando i compiti affidatigli, si spinga a *"determina(re) le finalità e i mezzi*

(2) Cian Trabucchi, *Commentario breve al Codice civile*, Cedam 2014, sub art. 1703, IV, 1.

Approfondimenti

del trattamento, è considerato titolare del trattamento": tale previsione conferma in modo inequivocabile che colui che ha il potere, anche solo di fatto, di determinare le finalità e i mezzi del trattamento, diventa (se non lo è già) in ogni caso un titolare, e non più un responsabile, del trattamento.

Ora, poiché è evidente, come detto sopra, che non è pensabile che i clienti di uno studio di consulenza del lavoro (al pari di quelli di uno studio di commercialisti, o di avvocati, o di architetti, o di geometri, ecc.) possano determinare, ad esempio, il tipo di computer o di *firewall* che lo studio intende usare nei propri uffici, oppure anche il personale di cui si avvale, (i mezzi del trattamento), ciò significa che tale studio (personale, associato, società di professionisti, o altro che sia) è un titolare dei dati che tratta e non un responsabile delle aziende proprie clienti.

Un'ulteriore conferma si trova nell'art. 19, Decreto legislativo citato, laddove si stabilisce che gli incaricati del trattamento, che agiscono sotto l'autorità del responsabile (o del titolare, laddove il responsabile non vi sia), possono farlo *"solo in conformità alle istruzioni"* del titolare del trattamento: il che significa che, nel caso che ci occupa, se lo studio fosse un responsabile dei dati forniti dalle imprese clienti, anziché un titolare a sua volta, gli impiegati dello studio del consulente del lavoro dovrebbero essere istruiti, anziché dal titolare dello studio, dalle imprese clienti: il che appare contrario alla realtà dei fatti ed al buon senso.

Tenuto conto, poi, che è lo stesso Garante, nel proprio parere suddetto, ad indicare che *"il Regolamento (Ue) 679/2016, quanto alla individuazione dei ruoli di titolare e responsabile ed alla distribuzione delle relative responsabilità, si pone in linea di continuità con quanto già prefigurato nella Direttiva 95/46/Ce"*, uno sguardo meriterà di essere dato anche ai chiarimenti forniti sulla base della normativa precedente.

Si legge allora che *"Il titolare è l'entità nel suo complesso (ad esempio, la società, il ministero, l'ente pubblico, l'associazione, ecc.) e non taluna delle persone fisiche che operano nella relativa struttura e che concorrono in concreto ad esprimerne la volontà o che sono legittimate a*

manifestarla all'esterno (ad esempio, l'amministratore delegato, il ministro, il direttore generale, il presidente, il legale rappresentante, ecc.). In molti casi, tali soggetti potrebbero assumere, semmai, la qualifica di responsabile" (Segnalazione Garante 9 dicembre 1997).

Ancora: *"In realtà di minori dimensioni, come uno studio professionale o una piccola impresa, il trattamento dei dati personali viene effettuato direttamente dal libero professionista o dall'imprenditore. In questi frangenti, pertanto, persona fisica e titolare del trattamento coincidono (Cherchi, 1997b, 15)"*.

E infine: *"Il responsabile procede al trattamento attenendosi alle istruzioni impartite dal titolare, il quale, anche tramite verifiche periodiche, vigila sulla puntuale osservanza delle disposizioni di cui al comma 1 e delle proprie istruzioni (art. 8, 1° e 2° c., legge n. 675/1996)"* (3).

Sicché, da un lato associazione professionale e singolo professionista assumono di regola il ruolo di titolare; mentre, dall'altro lato, il responsabile si delinea quale soggetto a istruzioni del titolare ed a vigilanza del suo operato da parte di questi, anche tramite verifiche periodiche: ora, poiché è evidente che il cliente di un professionista non potrà mai avere il potere di verifiche periodiche da effettuarsi negli uffici di un libero professionista, sarà giocoforza riconoscere a quest'ultimo il ruolo di titolare (anche se incaricato quale responsabile, a norma dell'ultimo comma dell'art. 18, D.Lgs. n. 51/2018, come visto sopra, salvi casi del tutto particolari ed anomali nei quali fosse il professionista ad assoggettarsi, volontariamente ed eccezionalmente, ad un siffatto potere del proprio cliente).

Anche gli esempi fatti dallo stesso Garante nel parere qui criticato, quali quelli del soggetto che fornisce servizi di localizzazione geografica, di posta elettronica, di televigilanza, confortano la tesi qui sostenuta, essendo tutti esempi di soggetti cui viene delegata una funzione che riguarda tuttavia sempre attività o servizi che si svolgono in ambiti sottoposti alla sfera diretta di controllo del titolare.

Il contrario, quindi, di ciò che avviene con riferimento ad attività che si svolgono in uno studio libero professionale.

(3) Così in *Privacy* a cura di Agostino Clemente, Cedam 1999, *Enciclopedia - Collana diretta da Paolo Cendon*, pag. 156.

Ancora: per giustificare l'autonomia e la responsabilità del consulente del lavoro nella veste di responsabile dei trattamenti affidatigli dai clienti il Garante, nel citato parere, rinvia all'art. 32 del Regolamento, osservando che lo stesso garantisce *“un apprezzabile margine di autonomia (e correlativa responsabilità) nella individuazione dei sistemi e delle misure idonee a garantire la sicurezza dei dati gestiti nei propri archivi”*.

Anche tale considerazione risulta tuttavia fuorviante, sol che si osservi che l'art. 32 enuncia che *“il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio...”*: il che conferma che il responsabile non decide nulla da solo, ma lo deve fare solo *insieme* al titolare (*“il titolare e il responsabile”*): quindi la *“apprezzabile autonomia”* del consulente del lavoro cui il Garante fa riferimento non è invero una autonomia sufficiente e compatibile con quella che ogni consulente del lavoro in realtà mette in campo ed utilizza nella quotidiana attività professionale, che è invece molto più ampia, invero totale ed incompatibile con una veste di semplice responsabile, che dovrebbe invece concordare tutte le sue scelte organizzative con i titolari clienti.

Le finalità del trattamento

Come sopra anticipato, una breve riflessione si può poi fare anche in relazione alle finalità del trattamento. Il Garante nel parere sopra citato osserva, al riguardo, che in tali rapporti, di regola, *“il datore di lavoro fornirà i criteri in base ai quali attribuire progressioni economiche e giuridiche, nonché fornire informazioni per l'erogazione di somme 'una tantum', premi di produttività e/o di presenza, o per la decurtazione di somme a seguito di provvedimenti disciplinari, oppure per il compimento degli atti relativi alla instaurazione o interruzione del rapporto, ecc.”*.

Tali circostanze di fatto indurrebbero a ritenere che il consulente del lavoro sia il mero esecutore (*processor*) delle finalità del trattamento, che vengono determinate dal titolare cliente (*controller*).

Ma anche tale osservazione non pare condivisibile.

Di certo, infatti, il risultato del servizio affidato dal cliente al consulente del lavoro è frutto anche

di indicazioni date dal datore di lavoro al libero professionista, così come nel caso del medico incaricato di un'operazione chirurgica o dell'architetto incaricato di progettare una casa. Ma che ne sa poi il cliente di quali siano i mezzi più appropriati per raggiungere quelle finalità generiche e quali siano le modalità migliori per raggiungerle?

È infatti altrettanto vero che alle finalità dell'opera professionale desiderate dal cliente, si aggiungono molte altre finalità, generali e specifiche, che derivano da altre fonti (leggi, contratti collettivi, accordi individuali, ecc.) che incidono profondamente sull'attività del professionista e determinano le modalità concrete del suo operato, talvolta anche in netto contrasto con la volontà o i *desiderata* del cliente, che anzi vengono persino talvolta contrastati dal professionista, il quale impone al medesimo, per serietà e responsabilità professionale, scelte diverse.

In conseguenza, la verità è che il frutto dell'opera professionale e le finalità della stessa sono in realtà determinate da una pluralità di fonti, tra le quali vi è anche la volontà del cliente, ma con una sua incidenza che diventa talvolta o spesso del tutto secondaria, mentre decisamente prevalenti sono le finalità imposte dalle normative lavoristiche, sulle quali, peraltro, la competenza a decidere cosa va fatto per il loro rispetto e cosa non va fatto, è riconducibile integralmente (o quasi) alla competenza del consulente del lavoro. Infatti, l'art. 7 del Codice deontologico dei consulenti del lavoro afferma che il professionista *“ha il dovere di conservare la propria autonomia di giudizio, tecnica e intellettuale, e di difenderla da condizionamenti esterni di qualunque natura”*.

Già per queste considerazioni non pare potersi quindi affermare che sia il cliente del consulente a determinare le finalità del trattamento.

Ma, ancor più ed ancor prima, va osservato che le finalità prevalenti dei trattamenti dei dati che il consulente del lavoro svolge in attuazione di incarichi di amministrazione del personale, invero, non vanno confuse con le finalità dell'opera professionale, che sono diverse.

Ad onor del vero, infatti, la finalità principale, ed assolutamente prevalente dei trattamenti rispetto ai margini di autonomia di scelte da parte del cliente e/o dello stesso professionista, è quella di adempiere ai doveri discendenti dalle normative

lavoristiche e fiscali e dai contratti di lavoro (collettivi e individuali); a tali finalità si aggiunge poi sempre quella di base di adempiere all'incarico ricevuto; si tratta cioè di quelle finalità generali che lo stesso Garante ha indicato come finalità che autorizzano al trattamento di dati anche sensibili dei dipendenti, nel provvedimento di Autorizzazione generale n. 1/2016 del 15 dicembre 2016, e cioè, principalmente, come da art. 3, lettere a) e b), del medesimo:

"Il trattamento dei dati sensibili deve essere indispensabile:

a) per adempiere o per esigere l'adempimento di specifici obblighi o per eseguire specifici compiti previsti dalla normativa dell'Unione europea, da leggi, da regolamenti o da contratti collettivi anche aziendali, in particolare ai fini dell'instaurazione, gestione ed estinzione del rapporto di lavoro, nonché del riconoscimento di agevolazioni ovvero dell'erogazione di contributi, dell'applicazione della normativa in materia di previdenza ed assistenza anche integrativa, o in materia di igiene e sicurezza del lavoro o della popolazione, nonché in materia fiscale, sindacale, di tutela della salute, dell'ordine e della sicurezza pubblica;

b) anche fuori dei casi di cui alla lettera a), in conformità alla legge e per scopi determinati e legittimi, ai fini della tenuta della contabilità o della corresponsione di stipendi, assegni, premi, altri emolumenti, liberalità o benefici accessori;"

È quindi evidente che anche le finalità principali, oltre che i mezzi, dei trattamenti di dati che un consulente del lavoro svolge nel proprio studio non sono determinate dai suoi clienti.

Questi ultimi non possono quindi avere né alcun potere né alcun dovere di nominare responsabile il proprio consulente del lavoro.

Anche il riferimento che il Garante fa, nel suo parere del 22 gennaio scorso, al Parere n. 1/2010 del Gruppo di lavoro ex art. 29 sui concetti di titolare e responsabile, ravvisando una conferma delle proprie indicazioni nella osservazione (cfr. nota 3) secondo la quale l'esistenza del responsabile "dipende da una decisione presa dal titolare del trattamento" è fuorviante: nel senso che il fatto che l'esistenza del responsabile dipenda da una espressa decisione del titolare di volersene avvalere è proprio una conferma ennesima, invece, della opposta tesi qui sostenuta: nel senso che

in assenza di una decisione del titolare in tal senso (non, si badi bene anche qui, di avvalersi di un consulente del lavoro, ma di avvalersi di un responsabile), da ritenersi senz'altro facoltativa e quindi solo eventuale, l'esistenza (e la necessità) di un responsabile non sorgerà mai: il che significa che, naturalmente, il rapporto tra impresa (o datore di lavoro) cliente e consulente del lavoro sarà normalmente un rapporto tra due titolari, salvo che non intervenga (eccezionalmente) la decisione (facoltativa e dunque eventuale) dell'impresa titolare di volersi avvalere di un responsabile, individuandolo nel proprio consulente del lavoro e, con il consenso del medesimo e sulla base di apposito contratto d'incarico, non gli affidi tale ruolo per determinati trattamenti posti sotto il suo (dell'impresa) controllo.

D'altra parte nello stesso parere del 2010 tra i criteri per la individuazione della qualificazione dei vari attori coinvolti in un trattamento viene riportato "il monitoraggio da parte del titolare del livello del servizio": poiché, come spiegato sopra, in un rapporto siffatto, di regola, il cliente non è in grado di svolgere alcun controllo circa il livello del servizio del trattamento dei dati, rispetto ai diritti dei dipendenti interessati (qualità delle informative, adeguatezza dei mezzi usati, criteri e misure di sicurezza adottati, ecc.) ancora una volta pare evidente che il cliente non possa assumere il ruolo di titolare rispetto ai trattamenti effettuati dal libero professionista nel proprio studio, riducendo quest'ultimo a mero responsabile.

Infine si vuol citare un altro passaggio dello stesso parere del 2010, che pare essere molto utile, che così recita: "In effetti, un organismo che non ha né legale né reale influenza per determinare come vengono elaborati i dati personali non può essere considerato come un titolare. Determinare lo 'scopo' dell'elaborazione innesca la qualifica di (di fatto) titolare. Invece, la determinazione dei 'mezzi' di elaborazione può essere delegata al responsabile del trattamento, per quanto riguarda le questioni tecniche o organizzative. Tuttavia, questioni sostanziali che sono essenziali per il nucleo della legalità di elaborazione - come i dati da elaborare, la durata della memorizzazione, l'accesso, ecc. - devono essere determinati dal titolare".

Anche queste considerazioni paiono confermare senz'altro la tesi qui sostenuta: innanzitutto il

cliente del consulente del lavoro non pare avere “la influenza per determinare come vengono elaborati i dati” di uno studio professionale, quindi non può assumere la veste di titolare di quei trattamenti. Inoltre, se è pur vero che la determinazione dei mezzi del trattamento può essere delegata dal titolare al responsabile, per cui non risulta da sola sufficiente alla qualificazione, è pur altresì vero che la determinazione però di alcuni aspetti essenziali - quali “i dati da elaborare” - determina la titolarità: e quali siano i dati da elaborare per il corretto svolgimento dei trattamenti, come ogni consulente del lavoro ben sa e come è esperienza comune anche di ogni datore di lavoro, è sicuramente il consulente del lavoro a saperlo e a **determinarlo**, dando volta per volta le indicazioni ai propri clienti su quali siano i dati indispensabili o utili per l’elaborazione, da raccogliere talora presso i dipendenti (ad esempi: i dati dei carichi di famiglia per la determinazione degli assegni famigliari spettanti; i dati delle presenze o assenze da raccogliere ed indicare in un certo modo, con il tipo di titoli utilizzabili per le assenze; la presenza o meno di un certo rapporto di lavoro precedente o di altri redditi percepiti; l’attribuzione di un certo fringe benefit e l’irrelevanza di un altro; lo svolgimento di un’attività con l’uso di un certo macchinario piuttosto che un altro; ecc. ecc.).

Durata di memorizzazione o conservazione dei dati

Anche la “durata di memorizzazione” o conservazione di determinati dati (effettiva, non limitata ad una generica indicazione copiata dalla legge, quale “per il tempo strettamente necessario ...”) è sicuramente ed esclusivamente il consulente del lavoro a deciderla, in relazione ai dati presenti nei propri archivi, sulla base di quanto la sua competenza tecnica gli suggerisce essere necessario o utile (tempi di prescrizione dei diritti esercitabili dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro, o delle azioni di controllo dei vari istituti di previdenza ed assistenza, ovvero del Fisco, ecc.).

O vorremmo forse rimettere tali scelte a ciascuno cliente di uno studio professionale, con la conseguenza peraltro che il professionista dovrebbe sottostare a tempi ipoteticamente diversi per ciascuno dei propri clienti?

Tutte tali considerazioni inducono a qualificare il consulente del lavoro, titolare di autonomo studio professionale, quale titolare (e non responsabile) dei trattamenti di tutti i dati che ivi svolge.

Nomina del consulente quale responsabile del trattamento

Tutt’altro discorso, invece, è quello di verificare se sia possibile che il cliente decida di nominare, in via facoltativa, il proprio consulente del lavoro, quale responsabile del trattamento dei dati conferitigli; a tale quesito la risposta potrebbe essere affermativa, ma soltanto a determinate condizioni: che sono quelle che impongono al consulente del lavoro, come in genere ad ogni professionista, di non accettare incarichi che gli facciano perdere la necessaria autonomia ed indipendenza di giudizio e di operato.

In tal caso, quindi, dovrebbe essere chiaro quanto segue:

1) In *primis*, che il “contratto o altro atto giuridico” (art. 18, 3° comma, D.Lgs. n. 51/2018) con il quale il titolare incarica il responsabile sia, come indicato espressamente dal Garante nel proprio parere del 22 gennaio scorso, “*stipulato concordemente dalle parti tenendo conto dei compiti in concreto affidati, del contesto, delle finalità e modalità del trattamento, e non in base a modelli non aderenti alle circostanze del caso concreto o imposti unilateralmente*” (o dal contenuto che si limiti a riportare gli obblighi di legge).

2) In *secundis*, come previsto ed indicato anche dal Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro nella circolare sopra citata: “*Naturalmente, il Consulente del lavoro potrà sempre assumere, su base volontaria, il ruolo di responsabile esterno del trattamento dei dati affidatigli dal proprio cliente, ma ciò comporterà l’assunzione di un nuovo incarico di natura professionale autonomo (ancorché connesso) rispetto al mandato professionale principale e, come tale, separatamente remunerato*”.

3) L’incarico e le varie clausole del contratto specifico dovranno essere tali da assicurare il mantenimento in capo al professionista di quella indipendenza che le norme deontologiche impongono, cioè quella “*autonomia di giudizio, tecnica e intellettuale,*” che deve essere difesa “*da condizionamenti esterni di qualunque natura*”. E tuttavia, consentire, nel contempo, quell’attività di vi-

gilanza e di verifiche da parte del titolare che consenta a quest'ultimo di assolvere, in concreto (e non per finta), ai suoi doveri (4). È giocoforza allora osservare che le due esigenze sembrano, nella pratica, assai difficili (se non impossibili) da contemperare.

Un esempio, infine, in cui il consulente del lavoro potrà invece opportunamente assumere il ruolo di responsabile nominato dal titolare potrà essere quello del consulente del lavoro che sia responsabile di un centro di elaborazione dati o di un centro di assistenza fiscale di un'associazione di categoria (artigiani, commercianti, ecc.), come da previsione di cui al 4° comma dell'art. 1, legge n. 12/1979; in tal caso, infatti, i servizi sono "organizzati a mezzo del consulente del lavoro" e quest'ultimo pertanto opera proprio quale coordinatore delle attività di servizi dell'associazione di categoria, per cui i relativi trattamenti di dati sono sotto il controllo di quest'ultima che, in qualità di titolare, potrà decidere di avvalersi del consulente del lavoro anche (semmai) come responsabile della privacy dei dati trattati con il suo necessario apporto organizzativo e professionale, istruendo quest'ultimo su finalità e mezzi da adottare nei trattamenti dei dati che avvengono nella propria struttura operativa.

Lo stesso dicasi per il consulente del lavoro che operi quale lavoratore subordinato all'interno di un'impresa, relativamente ai dati raccolti e trattati presso l'impresa stessa.

In tutti gli altri casi, invece, normalmente il titolare di studio professionale assumerà la veste di titolare di tutti i trattamenti che egli svolge all'interno del proprio studio, pur essendo possibile (in casi eccezionali ed alle condizioni sopra citate) anche l'assunzione della veste di responsabile di uno o più dei propri clienti.

Come precisato dal Garante, infine, in entrambi i casi il suo operato sarà legittimo e giustificato: quando opera come titolare (nel "trattamento dei dati ... del datore di lavoro che gli trasmette i dati dei suoi dipendenti": terz'ultimo periodo del parere del Garante), "la base giuridica che facilita il trattamento in capo al soggetto in questione è rinvenibile nell'esecuzione del contratto (art. 6, par. 1, lett. b, del Regolamento)"; quando opera come responsabile, invece, "la base giuridica che legittima il trattamento dei dati personali, anche 'sensibili' riguardanti i clienti" (rectius: dipendenti) "del datore di lavoro va individuata in capo al suo cliente (ovverosia il datore di lavoro/titolare) ai sensi dell'art. 9, par. 2, lett. b, del Regolamento" (quart'ultimo periodo del parere del Garante).

Conclusioni

La soluzione qui offerta risulta peraltro molto più garantista sia nei confronti dei clienti dei professionisti, che saranno così esonerati dall'assumere oneri di responsabilità connessi a posizioni forzate di titolari di situazioni e trattamenti che invero non possono in alcun modo controllare, sia per i diretti interessati, cioè in particolare i dipendenti i cui dati sono sottoposti a trattamenti, i diritti dei quali sono più tutelati da un consulente del lavoro che li tratti con tutti gli obblighi ed i doveri di un titolare, piuttosto che con i più limitati doveri di un responsabile.

Ogni interpretazione del Garante della privacy che si ponga in contrasto con le suddette indicazioni, a parere di chi scrive, deve ritenersi non condivisibile.

(4) Al contrario, i modelli che il sottoscritto ha avuto modo di ricevere ed esaminare finora sono del tutto generici, indeterminati, astratti dalla realtà concreta che si proporrebbero di regolamentare, eccessivamente stringenti e violanti l'indipen-

denza del consulente del lavoro e, per di più, redatti (se non imposti) unilateralmente; per giunta, senza alcuna previsione di compenso specifico.