

BREVI NOTE IN TEMA DI CLAUSOLE CONTRATTUALI TIPO PER I TRASFERIMENTI DI DATI PERSONALI VERSO I PAESI TERZI

Andrea Giannaccari*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Verso la gestione ‘contrattuale’ del problema: la decisione della Commissione. – 3. La responsabilità delle parti. – 4. La composizione delle controversie.

1. *Introduzione.*

I flussi transfrontalieri di dati personali (il cui acronimo, nella terminologia anglosassone, è TDF – *Trasborder Data Flows*) in uscita dall’Italia e, più in generale, dal territorio comunitario, rappresentano uno degli aspetti più interessanti e dibattuti (a livello internazionale) in tema di tutela della riservatezza.

I dati personali, sempre più spesso riconosciuti come la valuta pregiata del nuovo millennio, beneficiano, almeno su questa sponda dell’oceano, di un solido e complesso quadro giuridico di riferimento, che posiziona il diritto alla riservatezza sul piedistallo dei diritti umani fondamentali. Ma i dati personali, le informazioni che riguardano l’individuo, sono ineludibilmente collegati alla relativa circolazione, che, oramai, avviene quasi completamente su percorsi digitali. Tuttavia questi ultimi sono *borderless*: in altri termini, conoscono meno confini rispetto a quelli posti a presidio degli Stati. *Privacy on the line* è il titolo dell’illuminante libro di Whitfield Diffie e Susan Landau, che dà immediatamente il senso e la portata dell’arena nella quale si sta disputando (e si disputerà) la delicata partita relativa alla tutela dei dati personali¹.

La centralità e l’importanza dei flussi transfrontalieri dei dati risulta di particolare evidenza, soprattutto perché oggi si innesta su interessi economici che, in un mercato globale, sono enormi: si pensi solamente, ed il riferimento agli Stati Uniti è puramente voluto, alle 3500 transazioni che ogni secondo vengono effettuate nel mondo con la carta di credito VISA, delle quali una larga parte riguardano cittadini europei, o ai dati

* Junior Research Fellow, LE Lab. Dottorando di ricerca in “Diritto ed Economia”, LUISS Guido Carli. LL.M., in Competition Law and Economics presso la Erasmus University, Rotterdam. E-mail: agiannaccari@luiss.it.

¹ W. DIFFIE, S. LANDAU, *Privacy on the line*, M.I.T. Press, Cambridge, 1999.

relativi ai 6 milioni di dipendenti europei di imprese americane, oppure ancora ai flussi di dati nel nascente commercio elettronico².

In tale prospettiva, le disposizioni concernenti i flussi hanno particolare rilevanza sia perché sono volte a garantire che i dati personali diretti fuori dallo spazio comunitario beneficino di un livello di tutela adeguato (secondo gli *standard* europei); ma anche perché conferiscono alla Commissione Europea la possibilità di avviare negoziati (come il controverso accordo, noto come *Safe Harbor*, raggiunto con gli Stati Uniti nel luglio del 2000) o predisporre gli strumenti (come le clausole contrattuali tipo) per far sì che i Paesi terzi, sprovvisti di tale livello di tutela, possano importare i dati provenienti dai Paesi membri. L'effetto più rilevante di tale politica è di esportare i dati personali e, nel contempo, il modello di protezione dei dati europeo.

Se, tuttavia, fra i Paesi membri dell'Unione Europea si sta convergendo verso *standard* equivalenti di tutela, tali da creare un allineamento tra le legislazioni poste a presidio della riservatezza, facilitando di conseguenza la libera circolazione infracomunitaria dei dati personali, per ciò che afferisce ai flussi diretti verso i Paesi terzi le problematiche da affrontare sono numerose e lungi dall'essere risolte³.

Ciò detto, la disciplina sui trasferimenti di dati personali è racchiusa, nella direttiva 95/46/CE, negli articoli 25 (*principi*) e 26 (*deroghe*): l'art. 25, paragrafo 1, stabilisce che “[g]li Stati membri dispongono che il trasferimento verso un paese terzo di dati personali oggetto di un trattamento o destinati a essere oggetto di un trattamento dopo il trasferimento può aver luogo soltanto se il paese terzo di cui trattasi garantisce un livello di protezione adeguato, fatte salve le misure nazionali di attuazione delle altre disposizioni della presente direttiva”⁴. Dalla norma risulta evidente anzitutto che il legislatore comunitario ha inteso disciplinare i flussi transfrontalieri dei dati solo quando sono diretti verso Paesi *terzi*, vale a dire verso Paesi non facenti parte dell'Unione Europea. In uno spazio nel quale non vi sono più frontiere, parlare di flussi transfrontalieri in relazione agli spostamenti di dati personali tra Paesi membri non ha molto senso e risulta oltremodo contraddittorio se rapportato all'intenzione del

² I dati relativi alle carte di credito sono forniti dal vicepresidente della VISA, in una nota, inviata al *Department of Commerce*, di apprezzamento per il negoziato sul *Safe Harbor*, cfr. R. W. SCHRADER, *Comments on Draft Safe Harbor Materials*, San Francisco, 2000; inoltre, il *Department of Commerce* riporta la cifra di 350 miliardi di dollari come ammontare degli scambi, del 1999, tra gli Stati Uniti e i Paesi dell'Unione Europea.

³ Si pensi, ad esempio, alle difficoltà di modellare la disciplina sul trattamento dei dati personali ad *Internet*.

⁴ Gli articoli 25 e 26 sono inseriti nel *capo IV*, il quale reca la rubrica *Trasferimento di dati personali verso Paesi terzi*. La legge n. 675/96 ha recepito, non senza qualche inopportuna deviazione, la disciplina

legislatore comunitario, che era quella di creare uno spazio giuridico omogeneo, nel quale vi fosse un livello di tutela equivalente tra i Paesi membri in materia di protezione delle persone rispetto al trattamento dei loro dati personali.

In seconda battuta, si deve rilevare che l'elemento cardine per acconsentire al trasferimento dei dati è l'*adeguatezza* del livello di protezione garantito dal Paese terzo (come dispone anche il *considerando* 56), verso il quale, almeno in via generale, deve essere vietato il trasferimento qualora non offra un livello di protezione giudicato adeguato⁵.

La direttiva 95/46/CE prevede, tuttavia, che, anche qualora un Paese terzo non garantisca un livello di protezione adeguato, gli Stati membri possano autorizzare il trasferimento dei dati, nel rispetto di determinate garanzie, le quali possono risultare da clausole contrattuali appropriate (art. 26, paragrafo 2). In altri termini, la condizione di adeguatezza, invece di essere riscontrata in relazione all'ordinamento del Paese di destinazione del flusso, può essere garantita attraverso lo strumento contrattuale, al quale i responsabili del trattamento (l'esportatore e l'importatore) decidono di vincolarsi. È evidente l'importanza della disposizione (inserita nell'art. 26, relativo alle deroghe), poiché attribuisce allo strumento contrattuale la funzione di allentare e rendere più snelli i vincoli all'esportazione dei dati che, se applicati severamente, costituirebbero dei pesanti fardelli per gli scambi commerciali: le clausole contrattuali tipo rappresentano, quindi, elementi essenziali per il mantenimento del flusso di dati

sul trasferimento dei dati personali all'estero all'art. 28. Il riferimento alla disciplina comunitaria, piuttosto che alla normativa italiana, non altera, comunque, i termini del discorso.

⁵ Cfr. *considerando* 57 e l'art. 26 della direttiva, relativo al regime derogatorio. Il requisito dell'adeguatezza rappresenta, in ambito comunitario, il criterio generale per l'individuazione del grado di tutela garantito in un Paese terzo. Anche a livello internazionale, fra l'altro, si sta convergendo in direzione del disposto comunitario, che quindi rappresenterà la stella polare per l'accertamento della sussistenza del grado di protezione accordato nei Paesi destinatari dei flussi di dati personali. A tal proposito, il Comitato consultivo (T-PD) del Consiglio d'Europa ha presentato un *protocollo addizionale*, il cui obiettivo è quello di integrare la Convenzione n. 108, che, all'art. 2, paragrafo 1, prevede che una Parte possa trasferire dati personali verso un Paese che non ha ratificato la Convenzione solo se quest'ultimo garantisce un *livello di protezione adeguato*. È possibile, tuttavia, derogare a quanto stabilito nel paragrafo 1 qualora il responsabile del trattamento situato nel Paese terzo offra garanzie, inserite in specifiche clausole contrattuali, che devono essere vagliate e giudicate *adeguate* dall'autorità di controllo del Paese esportatore. Ciò testimonia come il ricorso alle clausole contrattuali, che sarà in virtù del protocollo addizionale direttamente inserito nella Convenzione n. 108/81, si manifesta come lo strumento (*rectius*: il palliativo), in virtù del quale è possibile, a determinate condizioni, esportare i dati verso altri Paesi, superando gli ostacoli dovuti ai differenti livelli di tutela. Cfr. Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No 108), *Draft additional protocol to Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No 108) regarding supervisory authorities and transborder data flows and Explanatory Report*, Strasbourg. Il documento è stato approvato dal Comitato consultivo (T-PD) l'8 giugno 2000 nel corso della 16ª riunione.

personali tra i Paesi comunitari ed i Paesi terzi, attenuando gli oneri e le difficoltà per gli operatori economici.

In tale prospettiva, il ruolo della Commissione Europea risulta di particolare importanza poiché le è attribuita la facoltà di individuare le clausole contrattuali tipo che, a suo giudizio, offrano le garanzie sufficienti ai fini della tutela della riservatezza: la *decisione* della Commissione, con la quale si riconoscono tali garanzie, è indirizzata agli Stati membri, i quali devono conformarsi ad essa (art. 26, paragrafo 4, della direttiva 95/46/CE).

2. Verso la gestione 'contrattuale' del problema: la decisione della Commissione.

In quest'ottica va inquadrata la recente decisione della Commissione 2001/497/CE relativa alle clausole contrattuali tipo per il trasferimento di dati a carattere personale verso paesi terzi a norma della direttiva 95/46/CE: la decisione ha l'effetto di vietare che gli Stati membri, fra cui l'Italia, rifiutino di riconoscere come adeguate garanzie le clausole contrattuali in essa contenute⁶.

In realtà, l'idea di ricorrere ai contratti, come mezzo per regolamentare i trasferimenti internazionali di dati personali, non è stata introdotta dalla direttiva 95/46/CE, poiché era stata avanzata già nel 1992, quando il Consiglio d'Europa, la Camera di Commercio Internazionale e la Commissione Europea realizzarono uno studio sulle clausole tipo: il *Council of Europe Model Contract*⁷. Lo studio è stato recentemente rivisitato, dalla Camera di Commercio Internazionale, alla luce delle disposizioni e dei criteri (l'adeguatezza) enunciati dalla direttiva 95/46/CE. Ciò ha portato alla redazione delle *Model Clauses for use in contracts involving transborder data flows*: tali clausole focalizzano l'attenzione sui trasferimenti effettuati nel contesto del commercio internazionale (*business to business*), anche qualora si utilizzino reti di comunicazione come *internet*⁸.

⁶ La decisione è stata emanata il 18 giugno 2001, notificata con il numero C(2001) 1539, testo rilevante ai fini del SEE, Gazzetta ufficiale n. L 181/19 del 4/07/2001.

⁷ Lo studio era volto ad individuare le clausole che assicurassero un livello di tutela *equivalente*, basate sui principi insiti nella Convenzione n. 108/81. L'art. 12, paragrafo 3 (a), della Convenzione prevede, infatti, che una Parte possa richiedere un livello di tutela equivalente per l'esportazione di particolari dati. Per ovviare ai problemi, che tale disposizione potrebbe creare, erano state individuate delle clausole volte ad assicurare un livello di tutela equivalente. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Model contract to ensure equivalent protection in the context of transborder data flows with explanatory report*, Strasbourg, 2 November 1992.

⁸ Cfr. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Model Clauses for use in contracts involving transborder data flows*, Paris, 23 September 1998.

Nonostante il fermento che si è registrato, in ambito internazionale, in relazione allo strumento contrattuale, il Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali (istituito *ex art. 29* della direttiva 95/46/CE, nel prosieguo Gruppo di lavoro⁹) aveva manifestato perplessità circa la loro utilizzazione, sottolineando che il ricorso alle clausole contrattuali sarebbe stato circoscritto ad ipotesi marginali¹⁰.

Tuttavia, la maggior parte dei Paesi non dispone di norme volte a disciplinare la riservatezza dei dati personali oppure sono state adottate soluzioni diverse da quelle approntate dalla direttiva 95/46/CE. Ciò comporta la ‘difficoltà’ di giudicare *adeguato* il livello di tutela presente nei Paesi terzi: infatti, solamente l’ordinamento svizzero e quello ungherese sono stati riconosciuti adeguati in relazione alle disposizioni della direttiva considerate in raccordo ai parametri (i principi) individuati dal Gruppo di lavoro¹¹. Lo *status quo* è acuito dalla difficoltà di avviare e concludere dei negoziati, come ha dimostrato il *Safe Harbor*, cercando di esportare modelli e soluzioni, in relazione ai quali è lecito manifestare, ed attendersi, resistenze.

In itinere, tuttavia, il Gruppo di lavoro ha maturato la consapevolezza dell’importanza di portare a termine, con celerità, il complesso *iter* per l’elaborazione delle clausole contrattuali tipo, le quali possono rivestire un ruolo rilevante al fine di consentire che i trasferimenti di dati, tra il territorio europeo ed i Paesi terzi, non subiscano restrizioni¹².

⁹ Il Gruppo, a carattere consultivo ed indipendente, è composto da un rappresentante dell’autorità di controllo di ciascuno Stato membro, da un rappresentante delle istituzioni comunitarie e da un rappresentante della Commissione.

¹⁰ In uno dei primi documenti del Gruppo per la Tutela delle Persone con riguardo al Trattamento dei Dati Personali, *Primi orientamenti relativi al trasferimento di dati personali verso paesi terzi – Possibili progressi nella valutazione dell’adeguatezza*, XV D/5020/97 – IT 2, WP 4, Bruxelles, adottato il 26 giugno 1997, si legge che “(...) dette soluzioni contrattuali comportano una serie di problemi (ad esempio, la difficoltà della persona interessata nel far valere i propri diritti in virtù di un contratto cui non partecipa direttamente) e pertanto si prestano solo a determinate circostanze specifiche, con tutta probabilità relativamente rare”, a p. 2.

¹¹ Le decisioni con le quali è stata riconosciuta l’adeguatezza dei due ordinamenti sono: COMMISSION DECISION of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46/CE of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data provided in Switzerland [notified under document C (2000) 2304], text with EEA relevance, (2000/518/EC), O.J. L 215, 25.8.2000; COMMISSION DECISION of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46/CE of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data provided in Hungary [notified under document C (2000) 2305], text with EEA relevance, (2000/519/EC), O.J. L 215, 25.8.2000. Ambedue le *decisioni* sono riportate, in italiano, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2000, p. 705 ss.

¹² Si consideri anche che il regime derogatorio, previsto dall’art. 26 della direttiva 95/46/CE, sebbene possa essere interpretato in modo non restrittivo, contempla delle fattispecie, espressamente tipizzate. Il Gruppo di lavoro, infatti, ha manifestato l’intenzione di accelerare i lavori relativi alle clausole durante il negoziato relativo al *Safe Harbor*, cfr. *Parere 7/99* riguardante il livello di tutela dei dati offerto dai principi dell’ “approdo sicuro” (Safe Harbor) pubblicati con le FAQ (domande poste frequentemente) ed altri documenti in materia dal Ministero del commercio USA il 15 e 16 novembre 1999, WP 27, adottato il 3 dicembre 1999, a p. 15; mentre, nel *Parere 4/2000* sul livello di tutela dei dati offerto dai principi dell’ “approdo sicuro” (Safe Harbor), adottato poco prima che si approvasse il *Safe Harbor*, si legge che “(...) a prescindere dalla decisione da adottare in merito all’approdo sicuro, il Gruppo di lavoro invita i servizi della Commissione a ultimare il loro lavoro e a presentare una decisione concernente la clausole

Esse rappresenteranno (qualora siano utilizzate, l'inciso è d'obbligo), uno strumento particolarmente utile per disciplinare i flussi transfrontalieri di dati diretti verso tutti quei Paesi che non garantiscono un livello di protezione adeguato¹³.

Sulla base di tali considerazioni, si cercherà di mettere in evidenza, in poche battute, gli elementi cardine delle clausole, così come sono state disciplinate dalla decisione della Commissione 2001/497/CE, anche al fine di comprendere il modo in cui si stia cercando di esportare il modello europeo.

Innanzitutto, si deve rilevare che le parti che decidono, volontariamente, di accettare le clausole contrattuali tipo sono i due responsabili del trattamento: l'esportatore dei dati, stabilito in un Paese comunitario, e l'importatore dei dati, stabilito nel Paese che non dispone di una tutela adeguata. L'obiettivo fondamentale del ricorso allo schema contrattuale è quello di individuare regole, non presenti nel Paese terzo, volte a disciplinare (adeguatamente) l'attività di trattamento dei dati personali svolta in quel territorio. Conformemente a tale esigenza, la clausola 5 (relativa agli obblighi dell'importatore di dati) impone all'importatore il rispetto di alcuni principi obbligatori di tutela dei dati. A tal proposito, il Gruppo di lavoro ha individuato una serie di principi, che costituiscono il nucleo di riferimento nella valutazione (sia che venga effettuata dalla Commissione, che dalle varie autorità garanti) del livello di tutela degli ordinamenti dei Paesi extracomunitari: l'esistenza (ed osservanza) di tali principi contribuisce in modo determinante a far sì che il grado di tutela dei dati personali sia giudicato adeguato. Conformemente a questo indirizzo, poiché lo scopo del contratto è quello di far beneficiare i dati personali trattati dall'importatore di una tutela adeguata, quest'ultima è stata riscontrata (nel microcosmo contrattuale) in riferimento agli stessi principi, che sono: il principio della finalità limitata, della qualità e proporzionalità dei dati, della trasparenza, della sicurezza e riservatezza; a questi devono aggiungersi i diritti di accesso, rettifica e opposizione, e le restrizioni ai trasferimenti successivi¹⁴.

contrattuali tipo (articolo 26.4 della direttiva) al fine di creare un quadro prevedibile, sicuro e non discriminatorio per il trasferimento internazionale dei dati che non si limiti ad un unico paese terzo", WP 32, adottato il 16 maggio 2000, a p. 8.

¹³ V. quanto sostenuto, in proposito, da T. STOLL, *What rules? Integrating different tools in a global perspective*, (The contribution of contractual clauses, codes, standards and PETS in general), intervento alla 22^a Conferenza internazionale sulla privacy e la protezione dei dati personali, Venezia, 28-30 settembre 2000.

¹⁴ Cfr. l'appendice 2 alle clausole contrattuali tipo inserita nella decisione della Commissione 2001/497/CE. I principi devono essere integrati qualora ricorrano delle ipotesi specifiche come nel caso di trattamento di dati particolari o per finalità di *direct marketing*. V. anche quanto sostenuto dal Data protection working party, *Opinion 1/2001 on the Draft Commission Decision on Standard Contractual Clauses for the transfer of Personal Data to third countries under Article 26(4) of Directive 95/46* – draft distributed to the Working Party on 17 January, 2001 – adopted on 26th January 2001, WP 38, 5102/00/EN.

L'osservanza dei principi può essere temperata qualora lo richieda una norma del Paese dell'importatore per salvaguardare qualcuno degli interessi disciplinati dall'art. 13, paragrafo 1, della direttiva 95/46/CE (sicurezza dello Stato, difesa, pubblica sicurezza, ecc.). Inoltre, sempre in relazione all'effettività della tutela assicurata dalle clausole, si deve sottolineare che la legislazione applicabile alle stesse è quella dello Stato membro ove risiede l'esportatore dei dati (clausola 10), vale a dire la legge di uno dei Paesi dell'Unione Europea¹⁵.

3. *La responsabilità delle parti.*

Un altro aspetto di centrale rilevanza è rappresentato dalla responsabilità delle parti: la clausola 6 obbliga l'importatore e l'esportatore ad assumersi *separatamente e in solido* la responsabilità per i danni causati alle persone interessate, qualora contravvengano ai loro obblighi nell'attività di trattamento dei dati personali. In altri termini le parti, oltre ad essere responsabili per il proprio comportamento, dovranno anche sopportare le conseguenze derivanti dal comportamento dell'altra parte, qualora quest'ultima non risarcisca il soggetto interessato per le perdite ed i danni cagionati. Si è molto discusso su questa scelta, che, tuttavia, deve essere analizzata dai differenti angoli visuali. Indubbiamente, infatti, essa rappresenta la soluzione più vantaggiosa e garantista per il soggetto interessato, il quale potrà più facilmente trovare ristoro per i danni che ha sopportato, potendo comunque rivalersi sul responsabile (l'esportatore) stabilito nel medesimo territorio. Poiché per il soggetto interessato risulta difficile stabilire quale delle parti abbia violato il contratto, la Commissione ha ritenuto (col supporto del Gruppo di lavoro) che tale scelta consentisse una migliore allocazione del rischio¹⁶.

Ciò, tuttavia, comporta una doppia responsabilità, particolarmente onerosa, per l'esportatore, poiché lo espone all'obbligo potenziale di risarcire il soggetto interessato ovunque sia stata effettuata la violazione. Tuttavia, si è sottolineato che quest'onere

¹⁵ Tale scelta attribuisce maggiori garanzie al soggetto cui si riferiscono i dati personali; tuttavia, crea per l'importatore la intuibile difficoltà di interpretare le clausole sulla base di una legislazione a lui poco nota. Per questi aspetti si veda W. KOTSCHY, *Model Contracts for securing data protection in cases of transborder data flow to countries without adequate data protection*, atti dell'intervento alla 22^a Conferenza internazionale sulla privacy e la protezione dei dati personali, Venezia, 28-30 settembre 2000. Per un'analisi delle varie problematiche in relazione alla possibilità di calibrare le clausole secondo i diversi orientamenti, si veda Gruppo per la Tutela delle Persone con riguardo al Trattamento dei Dati Personali, *Trasferimento di dati personali verso paesi terzi: applicazione degli articoli 25 e 26 della direttiva europea sulla tutela dei dati*, DG XV D/5025/98, WP 12, Bruxelles, approvato il 24 luglio 1998, p. 16 ss. (Capitolo IV: Il ruolo delle disposizioni contrattuali).

¹⁶ Sul punto v. J. HUET, (report on) "*Contracts involving the transfer of personal data between Parties to Convention ETS N° 108 and third countries not providing an adequate level of protection*", Council of Europe, Strasbourg, 2001, (Types of liability: joint liability or joint and several liability).

potrebbe produrre effetti positivi qualora spingesse l'esportatore ad effettuare una selezione o a valutare più attentamente il destinatario dei dati¹⁷. Sembra comunque difficile che l'esportatore possa, *ex ante*, operare tale valutazione.

Sul versante opposto, tale scelta è stata criticata poiché comporta la responsabilità per l'importatore anche nell'ipotesi in cui egli non abbia ancora ricevuto i dati e, quindi, non ne abbia la disponibilità¹⁸. La Commissione, tuttavia, è dell'avviso che tale formulazione possa spingere le parti a controllarsi a vicenda, riducendo i rischi (ed i costi) di un mancato rispetto delle clausole¹⁹.

¹⁷ Cfr. Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data, *Standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries – frequently asked questions*, Brussels, 18 June 2001.

¹⁸ Cfr. Department of Commerce – *Staff comments on the model contract provisions*, February 2001. Il commento era stato elaborato in relazione alla *draft Commission Decision* (nella versione rilasciata il 19 gennaio 2001): tuttavia la *joint and several liability* ha rappresentato un punto fermo durante tutti i lavori sulle clausole. Critiche relative all'impianto di molte clausole, nonché su questo aspetto, sono state mosse anche dalla Camera di Commercio Internazionale in una lettera inviata al commissario europeo Bolkenstein il 13 marzo 2001. I commenti sono disponibili *on-line* al sito *internet* del Gruppo di lavoro: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/dataprot/index.htm.

¹⁹ È possibile (*ex* paragrafo 3 della clausola 6), comunque, che le parti concordino di stabilire che qualora una di esse venga riconosciuta responsabile di una violazione commessa dall'altra, quest'ultima debba indennizzare la prima per ogni costo, onere, danno, spesa o perdita sostenuta. V. anche la lettera inviata dal direttore generale Mogg in risposta alle critiche avanzate dalla Camera di Commercio Internazionale, *Replies to ICC's comments*.

La disposizione deve essere letta in raccordo alla clausola del terzo beneficiario (clausola 3): in base ad essa viene attribuito alle persone interessate (vale a dire ai soggetti cui si riferiscono i dati personali) il diritto di applicare le disposizioni contrattuali al fine di tutelare direttamente le informazioni personali. Tale clausola, quindi, rappresenta lo strumento per far sì che un soggetto, diverso dalle parti, possa esercitare i propri diritti nei confronti dell'importatore dei dati personali: in altri termini, viene ricostruito il rapporto che si ha, all'interno di un Paese, tra il soggetto interessato ed il responsabile, ma in riferimento ad una parte stabilita in un Paese terzo²⁰. Alcuni problemi possono porsi per gli ordinamenti, come quello inglese, che in virtù della *privity of contract* prevedono che non si possano attribuire diritti a soggetti diversi dai contraenti.

4. La composizione delle controversie.

Infine, un breve accenno va tributato per ciò che attiene alla composizione di eventuali controversie: infatti, nel Paese terzo sarà difficilmente riscontrabile un'autorità di controllo investita del potere di garantire l'osservanza delle clausole e di avviare delle indagini. D'altronde, la giurisdizione di un'autorità di controllo, stabilita in un Paese comunitario, non può essere estesa al territorio del Paese terzo. In tale prospettiva, la clausola 7 (*mediazione e giurisdizione*) stabilisce che le parti accettino, in caso di controversia, la decisione del soggetto interessato di ricorrere alla mediazione ad opera di un terzo indipendente (o dell'autorità di controllo) ed eventualmente di deferire la controversia ai tribunali dello Stato membro in cui ha sede l'esportatore dei dati²¹. Quindi, se la controversia non può essere risolta in via amichevole, l'interessato può ricorrere alla mediazione di un terzo indipendente (che può essere anche l'autorità nazionale di garanzia), oppure all'autorità giudiziaria del Paese membro in cui ha sede l'esportatore, oppure ancora ad un organismo arbitrale. Questi sono, in sintesi, gli

²⁰ HUET sostiene in proposito che “[t]he position of third party data subjects is fundamental: they are at the heart of the provision, inasmuch as the contract is drawn up principally for their protection, where the country to which the data are being transferred is not sufficiently protective of their interests. It is, therefore, essential for the effectiveness of the provision that they be able to assert their rights in relation to the contract in question. This is ensured by a legal mechanism, that of the «clause conferring rights on a third party»”, in (report on) “*Contracts involving the transfer of personal data between Parties to Convention ETS N° 108 and third countries not providing an adequate level of protection*”. In modo analogo si esprime W. KOTSCHY, *Model Contracts for securing data protection in cases of transborder data flow to countries without adequate data protection*, cit.; v., anche, quanto sostenuto da E. LONGWORTH, *Contractual privacy solutions*, atti dell'intervento alla 22^a Conferenza internazionale sulla privacy e la protezione dei dati personali, Venezia, 28-30 settembre 2000.

organismi ai quali si può ricorrere al fine di garantire che venga ristabilita la tutela dei dati personali²².

In conclusione, si può sostenere che lo schema approntato in sede comunitaria, nell'ottica di salvaguardare un diritto umano fondamentale, ha predisposto gli strumenti modellandoli innanzitutto sulle esigenze dei soggetti interessati. Inoltre, le disposizioni ed i principi, contenuti nelle clausole, hanno tratto linfa dall'impianto della direttiva 95/46/CE e dagli orientamenti del Gruppo di lavoro.

Tali scelte hanno generato numerose critiche (inviate dai dipartimenti del Commercio e del Tesoro statunitensi, dalla Camera di Commercio Internazionale e dalla Confederazione delle aziende britanniche): sembra, quindi, difficile sostenere che tali clausole possano avere il successo ottenuto, ad esempio, dai cosiddetti "Incoterms" (come le clausole *fob*, *fas* e *cif*) nella prassi del commercio internazionale²³.

È presto, tuttavia, per fornire giudizi manichei: strumenti quali il *Safe Harbor* e le clausole contrattuali tipo rappresentano, comunque, un primo passo importante nell'ambito di un percorso tutt'altro che agevole²⁴.

²¹ La lett. *b*, del paragrafo 1 della clausola 7 prevede anche che la controversia possa essere deferita anche ad un organo arbitrale purché la parte abbia sede in un Paese che abbia ratificato la convenzione di New York sui lodi arbitrali. La Camera di Commercio Internazionale ha, tuttavia, messo in evidenza che molti Paesi hanno ratificato la convenzione con la cosiddetta "commercial reservation": ciò implica che il ricorso all'organo arbitrale possa essere fatto solo nel caso dei rapporti *business to business* e non *business to consumer*.

²² Per un approfondimento della questione v. E. LONGWORTH, *Contractual privacy solutions*, *op. cit.* L'A. mette comunque in evidenza due difficoltà: la prima è che risulta complesso per il soggetto interessato dimostrare di aver sopportato un danno; mentre, per le corti sarà difficile liquidarne l'eventuale ammontare. Nell'interessante articolo viene anche sottolineato che i contratti possono avere un ruolo importante anche nell'ambito di *Internet* e del commercio elettronico, cfr. The role of privacy contracts in online interactions (§ 8). La rilevanza delle clausole contrattuali tipo quale strumento per disciplinare la riservatezza in *Internet* si riscontra in numerosi documenti elaborati dall'OECD: si veda, tra gli altri, OECD Working party on information security and privacy, *Inventory of Instruments and Mechanisms contributing to the Implementation and Enforcement of the OECD Privacy Guidelines on Global Networks*, DSTI/ICCP/REG(98) 12/FINAL, Paris, 11 May 1999; *Transborder Data Flow Contracts in the Wider Framework of Mechanisms for Privacy Protection on Global Networks*, DSTI/ICCP/REG(99)15/FINAL, Paris, 21 September 2000.

²³ Per ciò che riguarda gli Stati Uniti, le critiche sono riassumibili ricorrendo alle parole di BENNETT, il quale sostiene che "[h]istorically, it has been non-Americans who have been concerned about the extra-territorial impact of US domestic policy. The 'hegemonic' position of the United States in the international economy has typically created 'externalities' requiring a range of policy responses in economic, trade, environmental and other areas. In the area of human rights, there is also a perception that influence has historically flowed from the United States to Europe. The reversal of this pattern has not gone unnoticed" in *Privacy self-regulation in a global economy: a race to the top, the bottom or somewhere else?*, atti dell'intervento alla 22^a Conferenza internazionale sulla privacy e la protezione dei dati personali, Venezia, 28-30 settembre 2000.

²⁴ È appena il caso di aggiungere che il Gruppo di lavoro ha predisposto uno schema di clausole contrattuali tipo, analogo a quello qui analizzato, volto a disciplinare i trasferimenti di dati personali non tra responsabili del trattamento (esportatore ed importatore), ma tra responsabile del trattamento e incaricato del trattamento stabilito in un Paese terzo. Cfr. Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data, *Commission Decision on Standard Contractual Clauses under article 26(4) of Directive 95/46/EC for the transfer of personal data to processors established in third countries*, draft version, 1 July 2001.

