

CIRCOLARE N. 2-2017

IL CONSENSO PER IL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI ALLA LUCE DEL REGOLAMENTO UE 2016/679

- 1. Premessa**
- 2. Il quadro normativo**
- 3. Lista dei controlli**
- 4. Situazioni a rischio**
- 5. Conclusioni**
- 6. Tabella Sinottica**

FEDERPRIVACY

1. Premessa

Il Regolamento Ue 2016/679 prevede una analitica disciplina del consenso al trattamento dei dati.

In particolare al considerando 171 afferma che *“qualora il trattamento si basi sul consenso a norma della direttiva 95/46/CE, non occorre che l'interessato presti nuovamente il suo consenso, se questo è stato espresso secondo modalità conformi alle condizioni del presente regolamento, affinché il titolare del trattamento possa proseguire il trattamento in questione dopo la data di applicazione del presente regolamento”*.

Il Regolamento pone quindi un problema di diritto transitorio.

Che sorte avranno tutti i consensi raccolti sotto la vigenza del Codice della privacy?

La questione è rilevante sotto il profilo della organizzazione dell'attività di impresa, oltre che in considerazione delle sanzioni previste dal medesimo Regolamento per l'ipotesi della violazione delle disposizioni sull'obbligo del consenso.

L'articolo 83, paragrafo 4, assoggetta alla sanzione fino a 20 milioni di euro/4% fatturato annuo mondiale totale delle imprese la violazione dei principi a base del trattamento, comprese le condizioni relative al consenso, a norma, tra gli altri degli articoli 6 (“liceità del trattamento”), 7 (“condizioni per il consenso”) e 9 (“trattamento di categorie particolari di dati personali”).

Le imprese devono verificare se i consensi raccolti superino il vaglio della conformità rispetto alla disciplina che diventerà operativa il 25 maggio 2018.

Se la risposta è affermativa, le imprese potranno astenersi dal predisporre misure particolari, potendo proseguire i trattamenti.

Se la risposta è negativa, invece, bisogna programmare gli interventi necessari alla conformità con la normativa regolamentare europea.

Va, peraltro, sottolineato che il Regolamento agli articoli 6 e 9 prevede condizioni di liceità dei trattamenti ulteriori rispetto al consenso e pertanto la conformità dei trattamenti dal 25 maggio 2018 potrà essere verificata sulla base di tali ulteriori possibilità.

2. Il quadro normativo

L'istituto del “consenso” è cruciale per il trattamento dei dati personali anche nel Regolamento Europeo n. 2016/679.

Esso rappresenta una condizione legittimante il trattamento dei dati.

Va sottolineato che le altre condizioni previste dal Regolamento non sono descritte, come avviene nel vigente Codice della privacy italiano, quali eccezioni alla regola del consenso.

Tale impostazione, certamente significativa sul piano sistematico, non appare pregna di ricadute operative significative.



Il quadro giuridico regolamentare europeo si compone di numerosi "Considerando" e di specifici articoli.

Il Considerando n. 32 si occupa delle modalità di espressione e prefigura il consenso come un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano, ad esempio mediante dichiarazione scritta, anche attraverso mezzi elettronici, o orale.

Secondo il Considerando 32 ciò potrebbe comprendere la selezione di un'apposita casella in un sito web, la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell'informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto.

Non potrebbe, pertanto configurare consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle. Il consenso dovrebbe applicarsi a tutte le attività di trattamento svolte per la stessa o le stesse finalità.

Qualora il trattamento abbia più finalità, il consenso dovrebbe essere prestato per tutte queste. Se il consenso dell'interessato è richiesto attraverso mezzi elettronici, la richiesta deve essere chiara, concisa e non interferire immotivatamente con il servizio per il quale il consenso è espresso.

Il Considerando 40 descrive il consenso quale condizione di liceità del trattamento: perché sia lecito, il trattamento di dati personali dovrebbe fondarsi sul consenso dell'interessato o su altra base legittima prevista per legge dal regolamento o dal diritto dell'Unione o degli Stati membri.

Il Considerando 42 distribuisce l'onere della prova e grava il titolare del trattamento della dimostrazione che l'interessato ha acconsentito al trattamento. In particolare, nel contesto di una dichiarazione scritta relativa a un'altra questione dovrebbero esistere garanzie che assicurino che l'interessato sia consapevole del fatto di esprimere un consenso e della misura in cui ciò avviene.

Inoltre in conformità della direttiva 93/13/CEE è opportuno prevedere una dichiarazione di consenso predisposta dal titolare del trattamento in una forma comprensibile e facilmente accessibile, che usi un linguaggio semplice e chiaro e non contenga clausole abusive.

Ai fini di un consenso informato, l'interessato dovrebbe essere posto a conoscenza almeno dell'identità del titolare del trattamento e delle finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali.

Il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente espresso se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio.

Il considerando 43 aggiunge che per assicurare la libertà di espressione del consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido presupposto per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, specie quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica e ciò rende pertanto improbabile che il consenso sia stato espresso liberamente in tutte le circostanze di tale situazione specifica.



Si presume che il consenso non sia stato liberamente espresso se non è possibile esprimere un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione.

Passando all'articolato del Regolamento, l'articolo 4 definisce il consenso come qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento.

L'articolo 6 esplicita tra le condizioni di liceità il fatto che l'interessato abbia espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità.

L'articolo 7 ripropone alcune regole preannunciate dai citati Considerando. In particolare (onere della prova) qualora il trattamento sia basato sul consenso, il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l'interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali.

Il paragrafo 2 statuisce che se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro. Nessuna parte di una tale dichiarazione che costituisca una violazione del regolamento è vincolante.

L'interessato, poi, ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento. La revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca. Prima di esprimere il proprio consenso, l'interessato è informato di ciò. Il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato.

Infine (paragrafo 4) nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto.

Per le particolari categorie di dati (dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona), l'articolo 9, paragrafo 1, dispone il divieto di trattamento.

Tra le cause esclusive del divieto, il paragrafo 2 indica il caso in cui l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto.

Gli articoli 13 e 14, infine, menzionano tra le informazioni da fornire all'interessato, qualora il trattamento sia basato sul consenso (articolo 6, paragrafo 1, lettera a), oppure sull'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), l'esistenza del diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca.



3. Lista dei controlli

Il raggiungimento della conformità dei trattamenti dell'impresa rispetto alla disciplina del consenso passa attraverso una serie di controlli, che si possono sintetizzare nella seguente lista.

Dato uno specifico trattamento

- 1) il regolamento europeo prevede una condizioni di liceità diversa dal consenso?
(ad esempio obbligo di legge o legittimo interesse del titolare del trattamento)
- 2) Se la risposta è sì, verificare se siano attualmente sussistenti tali requisiti
 - a) In caso negativo, va programmata l'azione di adeguamento organizzativo e documentale
- 3) Se la risposta è no, vuol dire che il regolamento richiede necessariamente il consenso, allora bisogna verificare se in base al codice della privacy vigente
 - a) È necessario il consenso
 - i) A questo punto bisogna confrontare la disciplina specifica dei requisiti formali e sostanziali di validità, revocabilità, altri adempimenti
 - (1) Se tutti/e requisiti/prescrizioni del Regolamento UE sono osservati dalle azioni/documenti in uso attuale, il trattamento può proseguire senza modifiche/integrazioni
 - (2) Se requisiti/prescrizioni del Regolamento UE non sono/sono parzialmente osservati occorre predisporre modifiche/integrazioni operative e documentali
 - b) Oppure non è necessario il consenso
 - i) In tale caso bisogna programmare la raccolta del consenso osservando requisiti formali e sostanziali di validità, revocabilità, altri adempimenti previsti dal Regolamento Ue

4. Situazioni a rischio

Sviluppando il punto 3.a.i.2 e confrontando la tabella sintetica riportata in calce si evidenziano i seguenti indicatori di rischio:

- a. Le modalità formali non soddisfano il requisito della inequivocabilità
- b. Il titolare unilateralmente qualifica come consenso il silenzio o l'inattività dell'interessato o la preselezione di caselle
- c. La formula del consenso non è chiaramente distinguibile, ovvero non è contenuta in una clausola specifica separata dalle altre clausole del contratto o da altri contenuti
- d. La formula del consenso non è evidente dalla sua conformazione grafica: occorre inserire elementi di contenuto/forma che a un semplice sguardo (*ictu oculi*) evidenziano che lì si parla del diritto di dire di sì o di no



- e. La formula del consenso deve utilizzare un linguaggio semplice e chiaro: tali requisiti vanno adeguati alla platea degli interessati di cui si tratta nella singola operazione; può essere necessario un linguaggio colloquiale e senza termini giuridici
- f. Non c'è scritto espressamente che il consenso può essere revocato e non è indicata la modalità di revoca, che deve essere semplice come manifestare il consenso; la revoca deve essere incondizionata
- g. Non sono indicate l'identità del titolare del trattamento e le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali.

[[[]]]

Sono esempi di "inequivocabilità" formale: dichiarazione scritta, manifestazione anche attraverso mezzi elettronici, o orale.

È ammessa:

1. la selezione di un'apposita casella in un sito web
 2. la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell'informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto.
- Se il consenso dell'interessato è richiesto attraverso mezzi elettronici, la richiesta deve essere chiara, concisa e non interferire immotivatamente con il servizio per il quale il consenso è espresso.

Inoltre il consenso dovrebbe applicarsi a tutte le attività di trattamento svolte per la stessa o le stesse finalità. Qualora il trattamento abbia più finalità, il consenso dovrebbe essere prestato per tutte queste.

Per i dati sensibili, il Regolamento UE pretende il consenso "esplicito".

Si rileva che l'acquisizione del consenso scritto soddisfa la condizione del consenso esplicito.

Vi è spazio per sostenere la ricorrenza di un consenso esplicito non scritto, ma documentato per iscritto, ma tale prassi è altamente sconsigliabile in relazione al regime dell'onere della prova a carico del titolare del trattamento.

5. Conclusioni

Il confronto dei modelli di consenso in uso attuale con il modello prefigurato dal Regolamento UE impone una modifica/integrazione degli stessi in molte ipotesi, tra cui

- a) l'assenza di una clausola esplicita sulla revoca
- b) l'assenza di una azione/dichiarazione positiva dell'interessato

Fermo restando la possibilità di avvalersi, se esistenti, di altre condizioni di liceità del consenso, si ritiene che le prassi generalmente in uso non mettono al riparo da sanzioni amministrative e contenziosi con gli interessati.



6. Tabella sinottica

CONSENSO/TITOLARI PRIVATI

	Codice privacy italiano (Dlgs 196/2003)	Regolamento UE 2016/679			Codice privacy italiano (Dlgs 196/2003)	Regolamento UE 2016/679
	Dati diversi da quelli sensibili e giudiziari	Dati personali			Dati sensibili e giudiziari	Particolari categorie di dati
NATURA	Regola ulteriore	Condizione di liceità del trattamento			Regola ulteriore	Esimente al divieto di trattamento (salvo casi in cui il divieto di trattamento è imposto dalla legge)
MODALITÀ DI ESPRESSIONE (REQUISITI FORMALI)	Espresso	Dichiarazione	<i>oppure</i>	Azione positiva	Scritto	Esplicito
OGGETTO	Intero trattamento o una o più operazioni	Trattamento			Intero trattamento o una o più operazioni	Trattamento
CONDIZIONI DI VALIDITÀ (REQUISITI SOSTANZIALI)	Libero, specifico in riferimento a un trattamento individuato, informato	Libero, specifico, informato, inequivocabile			Libero, specifico in riferimento a un trattamento Individuato, informato	Libero, specifico, informato, inequivocabile
LIBERTÀ		Considerare se l'esecuzione del contratto sia subordinata alla prestazione di consenso a trattamenti dati non necessari per l'esecuzione medesima				Considerare se l'esecuzione del contratto sia subordinata alla prestazione di consenso a trattamenti dati non necessari per l'esecuzione medesima
CONDIZIONI DI VALIDITÀ (AZIONI DEL TITOLARE DEL TRATTAMENTO)	Individuare chiaramente il trattamento specifico	Nel caso di dichiarazione scritta che riguarda anche alte questioni, la richiesta di consenso deve essere presentata 1.in maniera chiaramente distinguibile 2.in forma comprensibile 3.in forma facilmente accessibile 4.utilizzando un linguaggio semplice e chiaro			Individuare chiaramente il trattamento specifico Chiedere autorizzazione al garante o conformarsi ad autorizzazione generale del garante	Nel caso di dichiarazione scritta che riguarda anche alte questioni, la richiesta di consenso deve essere presentata 1.in maniera chiaramente distinguibile 2.in forma comprensibile 3.in forma facilmente accessibile 4.utilizzando un linguaggio semplice e chiaro
REVOCA	Non c'è norma espressa; istituto derivante dalla disciplina positiva del consenso	In qualsiasi momento Con la stessa facilità di formulazione Obbligo di informazione preventiva sulla revocabilità			Non c'è norma espressa; istituto derivante dalla disciplina positiva del consenso	In qualsiasi momento Con la stessa facilità di formulazione Obbligo di informazione preventiva sulla revocabilità
ONERE DELLA PROVA	Si applicano principi sull'onere della prova (in particolare vedasi art 2050 c.c.)	A carico del titolare del trattamento			Si applicano principi sull'onere della prova (in particolare vedasi art 2050 c.c.)	A carico del titolare del trattamento

