ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/04/2010

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/29394-alcune-considerazioni-sulla-nuova-decisione-2010-87-eu-per-il-trasferimento-di-dati-personali-all-estero

Autore: Marcoccio Gloria

Alcune considerazioni sulla nuova Decisione 2010/87/EU per il trasferimento di dati personali all'estero

Alcune considerazioni sulla nuova Decisione 2010/87/EU per il trasferimento di dati personali all'estero

G. Marcoccio, Aprile 2010

Il 22 Febbraio 2010 è stata pubblicata sul numero L 39 della Gazzetta delle comunità europee la nuova decisione della Commissione che riguarda le clausole contrattuali standard per i trasferimenti di dati personali da esportatori/Titolari di trattamento (Controller in inglese) stabiliti in paesi membri UE verso importatori/Responsabili di trattamento (Processor in inglese) stabiliti in paesi terzi[1].
Questa nuova decisione 2010/87/EU abroga e sostituisce la precedente analoga decisione 2002/16/EC, a partire dal 15 maggio 2010.

Rispetto la precedente, la decisione 2010/87/EU è caratterizzata da prescrizioni e clausole specifiche per il caso in cui l'importatore/Responsabile (Processor) voglia a sua volta avvalersi di sub-fornitori (Sub-Processor) nel trattamento dei dati che sono oggetto del trasferimento e del contratto tra esportatore e importatore stesso.

La nuova decisione in pillole

In estrema sintesi, è possibile avvalersi lecitamente dei sub-fornitori in oggetto solo se (si citano gli impegni e le responsabilità principali):

L'importatore ha provveduto a:

- informarne l'esportatore/Titolare
- ha ricevuto da questi apposito consenso scritto
- ha inserito, nel suo contratto con il sub-fornitore clausole e condizioni che assicurino un livello di protezione dei dati non inferiore a quello che egli stesso deve garantire nei confronti del Titolare
- di fatto, assicura un controllo affinché le attività del sub-fornitore si svolgano in base alle condizioni imposte
- fornisce all'esportatore/Titolare le copie dei contratti con i sub-fornitori in oggetto

Il sub-fornitore, oltre ad accettare quanto per la propria quota parte stabilito a carico dell'importatore, in aggiunta acconsente a riconoscere agli interessati (ossia coloro ai quali si riferiscono i dati) i diritti di agire nei suoi confronti, nei casi in cui essi non possano rivalersi sull'esportatore e/o l'importatore (questi casi sono quelli previsti nella nuova decisione 2010/87/EU).

[1] Ricordiamo che la decisione 2010/87/EU così come anche la precedente 2002/16/EC si applica solo ed esclusivamente al caso di trasferimento tra Titolare verso Responsabile. Pertanto non si applica al trasferimento di dati personali da esportatore/Titolare di trattamento stabilito in paese membro UE verso importatore/Titolare di trattamento stabilito in paese terzo: il caso Titolare - >Titolare è espressamente trattato con un'altra, apposita decisione, la 2001/497/EC.

L'esportatore deve, di fatto, estendere il suo controllo in termini di mezzi atti a garantire che il trattamento dei dati si svolga, presso i sub-fornitori dell'importatore, ad un livello di protezione non inferiore a quello offerto dall'importatore stesso. Deve inoltre mantenere copia dei sub-contratti del suo diretto importatore allo scopo di esibirli, nei casi dovuti per legge, agli interessati ed alle autorità competenti. Deve infine (paragrafo 4 Clausola 11) mantenere aggiornato, almeno annualmente, l'elenco dei sub-fornitori del suo importatore.

Per quanto riguarda i contratti tra esportatore/Titolare ed importatore/Responsabile già in essere ai sensi della decisione 2002/16/EC e stipulati prima del 15 maggio 2010, questi rimarranno validi ed efficaci e non dovranno quindi in alcun modo essere rivisti ai fini della nuova decisione 2010/87/EU purché rimangano immutati i trasferimenti ed il trattamento dati che ne costituiscono l'oggetto. Non appena si concretizzino modifiche al contratto oppure l'importatore decida di sub-contrattare rispetto al trattamento oggetto del suo contratto, allora esportatore ed importatore sono tenuti a concludere un nuovo contratto, ai sensi della nuova decisione 2010/87/EU.

Questa nota non ha certo l'intenzione di muovere critiche o sollevare perplessità sull'approccio adottato nella Commissione europea per far fronte, tramite questa decisione, alle nuove tendenze e pratiche commerciali di attività di trattamento sempre più globalizzate, basate su interazione a più livelli tra diversi fornitori ed erogatori di servizi che concorrono, ciascuno per la propria parte, all' erogazione di un servizio più complesso ed integrato verso i clienti in ambito internazionale. Vi è poi da sottolineare che tale decisione è rivolta agli stati membri UE, pertanto per la sua effettiva applicabilità nel nostro Paese occorre attendere che a questa faccia seguito una apposita azione delle nostre autorità competenti, così come a suo tempo è avvenuto per la precedente decisione 2002/16/EC[2].
In attesa quindi delle prossime azioni di "recepimento" della decisione in Italia, si ritiene interessante evidenziarne alcuni aspetti che potranno concorrere, in positivo o in negativo, a decretarne l'effettiva utilizzabilità e successo.

A) Ampiezza dell'ambito della decisione – Stabilimento del Sub-processor

Premesso che nel testo che segue si preferisce utilizzare la terminologia inglese per le motivazioni riportate al successivo punto C):

- Controller in luogo di Titolare del trattamento dati personali (l'esportatore a cui la Decisione si riferisce)

[2] Gli Stati membri europei devono adottare le misure necessarie per conformarsi alla decisione della Commissione, ai sensi del paragrafo 4 dell' art. 26 della direttiva 95/46/EC. Per la decisione precedente, la 2002/16/EC la Autorità garante per la protezione dei dati personali ha emesso con Deliberazione n. 3 del 10 aprile 2002 la "Trasferimento dei dati personali all'estero -Autorizzazione al trasferimento verso Paesi senza adeguato livello di protezione - 10 aprile 2002" – vedasi in www.garanteprivacy.it il doc web n. 1065361

- Processor in luogo di Responsabile del trattamento dati personali (l'importatore a cui la Decisione si riferisce)
- Sub-Processor in luogo di sub-contrattore coinvolto dal Processor come sub-fornitore per il trattamento dati personali svolto in ambito contratto stipulato con il Controller

1) La decisione 2010/87/EU non impone affatto che il Processor e suoi Sub-Processors siano stabiliti nello stesso paese terzo. Quindi il Processor, nel pieno rispetto delle condizioni poste dalla Decisione in oggetto, può di fatto trasferire verso altro Paese terzo e lì far svolgere attività di trattamento a cura di uno o più sui Sub-Processors, che devono però sempre operare nel rispetto delle condizioni stabilite con la Decisione (vedasi sull'argomento il *considerando* n. 17 e la Clausola n.11). Questo aspetto della 2010/87/EU rappresenta un'innegabile presa d'atto, da parte del Commissione, dell'attuale forte trend di globalizzazione e de-localizzazione dei servizi rispetto ai paesi nei quali si trovano i loro utenti. Si attende comunque che questa azione di apertura non comporti un incontrollato trasferimento di dati, con possibile forte penalizzazione dei diritti degli interessati, sanciti dalle normative privacy in recepimento della direttiva 95/46/EC. In tal senso è auspicabile una intensificazione di azioni di controllo e verifica, coordinate tra le varie autorità nazionali competenti. Infatti, sebbene la Decisione 2010/87 imponga al Controller di assicurare che il livello di protezione si mantenga comunque a quanto richiesto dalle normative privacy europee, va riconosciuto che, almeno per le società-Controller di piccole-medie dimensioni, questo impegno potrebbe essere affatto banale, in ragione anche del numero di trasferimenti all'estero primari (ossia direttamente verso i propri Processor stabiliti in paesi terzi) e del numero dei Sub-Processors impegnati dai Processor in oggetto. In altri termini, non è detto che la facoltà riconosciuta al Controller di accettare o meno determinati Sub-Processors di suoi diretti Processors, sia una misura realmente e sempre efficace per contenere i problemi derivanti da successivi trasferimenti all'estero dei dati.

2) Questa decisione non si applica esplicitamente al caso in cui il Processor appartenga a paese membro UE (o più precisamente EEA[3]). Quindi da un punto di vista di realtà del mercato, al momento non sembra esservi ancora idonea misura, attuata ai sensi del comma 2 articolo 26 della direttiva 95/46/EC, per coprire il gran numero di trasferimenti di dati personali che si immagina possano avvenire quando appunto un Processor UE decide di avvalersi, nell'ambito del trattamento dati personali svolto per un Controller, di Sub-Processors stabiliti in paesi terzi che non offrono un livello di protezione dati personali ritenuto adeguato rispetto agli standard UE. In questo contesto si auspica un chiarimento da parte delle nostre autorità nazionali competenti, prendendo spunto dal *considerando* n. 23 della Decisione in oggetto[4].

---

[3] EEA (European Economic Area. Include i paesi membri UE ed in aggiunta: Norvegia, Islanda e Liechtenstein)

[4] *"La presente decisione si applica solo ove [il Processor] stabilito in un paese terzo affidi il trattamento a un[Sub-Processor] stabilito in un paese terzo e non ai casi in cui [il Processor] stabilito nell'Unione europea, che tratta dati personali per conto di un [Controller] stabilito nell'Unione europea, affidi il trattamento a un [Sub-Processor] stabilito in un paese terzo. In tali situazioni è facoltà degli Stati membri tenere conto del fatto che alla decisione di affidare il trattamento a un [Sub-Processor] stabilito in un paese terzo presiedono i principi e le garanzie delle clausole contrattuali tipo di cui alla presente decisione, nell'intento di garantire protezione adeguata ai diritti degli interessati i cui dati personali sono trasferiti per il trattamento."*
NOTA BENE - In questo testo ripreso dalla versione italiana della 2010/87/EU sono stati utilizzati i termini tra [ ] in luogo di quelli usati nel'originale italiano in quanto quest'ultimi si ritengono inesatti e fuorvianti rispetto al contenuto semantico ivi necessario. Tali modifiche per altro sono in piena sintonia con l'interpretazione data dalla Autorità garante per la protezione dati personali per la precedente decisione 2002/16/EC, vedasi nota a piè pagina n. 2.

B) Responsabilità ed oneri aggiuntivi assegnati ai ruoli Controller, Processor, Sub-processor

Da un punto di vista di responsabilità legale ed in termini di impegni costi&tempi, l'impostazione della Decisione in oggetto richiede non poco ai tre ruoli definiti. Per una realtà fatta di società multinazionali che operano a loro volta con società fornitrici medio-grandi ed anch'esse di struttura multinazionale, tutto ciò avrà senz'altro un peso considerevole (pensando alla numerosità di Processors e Sub-processors coinvolti), ma comunque affrontabile, in quanto tali imprese sono già dotate di struttura organizzativa e mezzi che hanno le potenzialità necessarie, che rimangono comunque da attivare. Ben più pesante si ipotizza l'impatto per società di dimensioni inferiori, che in ragione degli impegni richiesti si troveranno a dover prendere o meno decisioni affatto banali.
Anche in questo caso, un supporto da parte della autorità competenti nazionali può essere determinante per la effettiva utilizzabilità di queste nuove clausole contrattuali standard portate dalla 2010/87/EU anche per le piccole e medie imprese (che comunque si possono trovare nella condizione di effettuare numerosi trasferimenti di dati all'estero).

C) Le definizioni dei ruoli identificati nella decisione 2010/87/EU e la legge privacy italiana
Come già si è avuto modo di anticipare nel testo precedente, i termini utilizzati nella traduzione ufficiale disponibile per la decisione in oggetto sono tali da poter ingenerare mal interpretazioni, tenendo presente invece i contenuti semantici, pienamente rispettati dalla nostra autorità garante per la protezione dati personali con la propria autorizzazione citata in nota 2 e relativa alla precedente decisione 2002/16/EC. Infatti nella versione italiana della 2010/87/EU l'uso del termine *responsabile* in luogo del corretto Titolare del trattamento e di *incaricato* in luogo del corretto Responsabile del trattamento, porta ad indicazioni in contrasto con quanto ben chiarito dal D.Lgs 196/03, che include il recepimento in Italia della direttiva europea sulla privacy 95/46/EC. Si ricordi peraltro che per la legge italiana, l'incaricato può essere esclusivamente una persona fisica e non giuridica vedasi definizioni in art. 4 e le norme portate dagli articoli 28, 29 e 30 del D.Lgs 196/03).

A parte questi dettagli, è interessante però comprendere come in Italia sarà possibile far convivere la Decisione in oggetto con la norma che consente solo al Titolare di nominare un Responsabile di trattamento, e non che un Responsabile a sua volta nomini suoi (sotto) Responsabili di trattamento (vedasi il già richiamato art. 29, e diversi provvedimenti del Garante sull'argomento, sempre in www.garanteprivacy.it).

Infatti la Decisione in oggetto riconosce al Processor (Responsabile) una evidente autonomia nel individuare ed avviare contratti che comportano trattamento dati personali le cui finalità e scopi sono stabilite dal Controller (Titolare), condizionato comunque dal preventivo consenso da parte di quest'ultimo.

Senz'altro questi aspetti sono di grande interesse per chi deve, nelle aziende, affrontare i temi di privacy e protezione dati personali e dare attuazione alle norme, ambito nel quale le relazioni tra Clienti – Fornitori –Sub-Fornitori giocano un ruolo centrale, soprattutto per la assegnazione delle responsabilità di legge e le ripartizioni degli impegni e costi conseguenti.

A tale scopo giova ricordare che il tema di effettiva determinazione e delimitazione di questi ruoli di legge e relative relazioni ha già riscontrato l'interesse ed il desiderio di dare ordine in questo settore delicato da parte del Working Party 29, il quale con una recentissima Opinione[5], ha avuto modo di mettere nero su bianco le proprie considerazioni e perplessità, riconoscendo che la problematica è quanto mai seria, ed in attesa di trovare efficaci interpretazioni e regole aggiornate.

[5] ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY - 00264/10/EN - WP 169, Adopted on 16 February 2010 Opinion 1/2010 on the concepts of "controller" and "processor". This Working Party was set up under Article 29 of Directive 95/46/EC. It is an independent European advisory body on data protection and privacy. Its tasks are described in Article 30 of Directive 95/46/EC and Article 15 of Directive 2002/58/EC. Website: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm