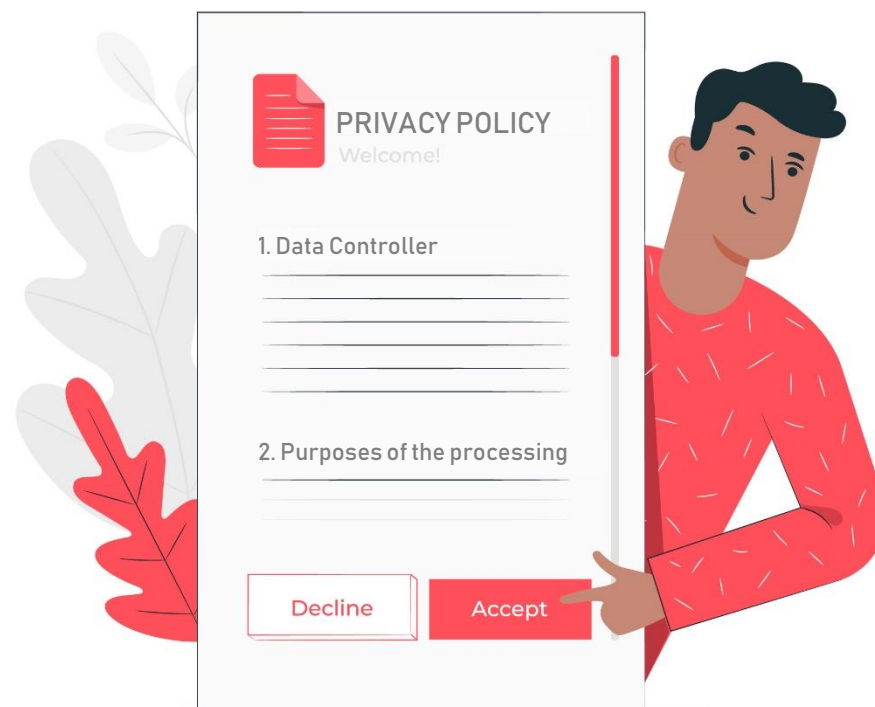


## Le indicazioni del DPO rispetto alla gestione dei consensi



## 1. CHE COS'È IL CONSENSO AL TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI?

L'art. 4, par. 11 del GDPR definisce il consenso dell'interessato 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”.

Il GDPR identifica il consenso dell'interessato come una delle basi giuridiche che consentono alle organizzazioni di porre in essere operazioni di trattamento di dati personali. L'art. 6, par. 1 del GDPR, infatti, enuncia che “Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

- a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità;
- b) [...]”.

Il consenso può essere utilizzato solo in alcuni casi come, ad esempio, per l'esecuzione dell'attività di *marketing* o di profilazione. Le *“Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679”* del Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (EDPB), infatti, precisano che il consenso può essere considerato come una base giuridica appropriata solamente ove l'interessato abbia la facoltà effettiva di accettare o declinare i termini dell'offerta senza subire alcun danno. È pertanto illegittimo vincolare il consenso dell'interessato ad es. all'accettazione dei termini di un contratto o alla fornitura di un servizio ove tale consenso non sia strettamente necessario all'esecuzione del contratto o alla fornitura del servizio stesso, in quanto, in tal caso, il consenso non potrebbe considerarsi prestato liberamente.

Caratteristica intrinseca del consenso quale base giuridica è la sua revocabilità. Ai sensi dell'art. 7, par. 3 del GDPR, infatti l'interessato ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento con la stessa facilità con cui è stato accordato. Tuttavia, la revoca non pregiudica i trattamenti posti in essere prima di essa in forza del consenso stesso, che restano pienamente legittimi.

## 2. I REQUISITI DEL CONSENSO

La definizione di consenso sopra riportata individua i requisiti che il consenso – inteso come manifestazione di volontà – deve avere, ovvero:




- **Libero**: come anticipato, l'interessato deve avere la concreta facoltà di acconsentire o meno al trattamento senza subire pregiudizi in caso di diniego. Di conseguenza, il consenso **non è da considerarsi quale base giuridica appropriata** in tutti quei contesti in cui vi è un evidente



sbilibrato in favore del Titolare del trattamento, come, ad esempio, nell'ambito dei rapporti con la Pubblica Amministrazione **o nei rapporti lavorativi**;


- **Specifico:** il consenso deve essere prestato *“per una o più specifiche finalità”* (art. 6, par. 1, lett. a). Ciò significa che, qualora si intendano fondare più trattamenti sul consenso dell'interessato, quest'ultimo deve specificamente acconsentire a ciascun trattamento;
- **informato:** requisito strettamente connesso a quello della specificità. Fornire informazioni agli interessati **prima** di ottenere il loro consenso è essenziale per consentire loro di prendere decisioni informate, comprendere cosa stanno accettando e esercitare il proprio diritto a revocare il consenso. È quindi necessario fornire agli interessati tutte le informazioni opportune *“in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro”* (art. 7, par. 2 GDPR), inclusa l'esistenza del diritto a revocare il consenso;
- **Inequivocabile:** l'interessato deve manifestare inequivocabilmente di volere che i propri dati siano oggetto di trattamento. Il consenso deve pertanto essere raccolto tramite una dichiarazione dell'interessato o comunque un chiaro atto affermativo. È necessario, quindi, che l'interessato compia un'azione positiva. Di conseguenza, il consenso non può ritenersi prestato validamente ad es. in caso di (i) silenzio; (ii) inattività; (iii) comportamenti concludenti (e.g. continuare a fruire di un sito web ignorando i *pop-up* contenuti richieste di consenso); (vi) mancata deselezione di caselle pre-spuntate.

In aggiunta a quanto sopra riportato, il Considerando 32 del GDPR precisa che *“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”*.

La tabella che segue riporta alcuni **esempi di situazioni in cui i requisiti del consenso possono o non possono ritenersi integrati**.

REQUISITI DEL CONSENSO		
 <b>LIBERO</b>	<p><i>Esempio:</i> il sito web di una testata giornalistica consente agli utenti di accedere ad alcuni contenuti esclusivamente previa iscrizione alla <i>newsletter</i> settimanale del giornale.</p> <p>In questo caso, il consenso <b>non</b> può considerarsi liberamente prestato, poiché l'accesso ai contenuti è condizionato alla</p>	<p><i>Esempio:</i> il sito web della testata giornalistica presenta in calce a tutti i contenuti una sezione che consente agli interessati di iscriversi alla <i>newsletter</i> inserendo il proprio indirizzo email e spuntando la casella <i>“acconsento a ricevere comunicazioni commerciali e promozionali”</i>.</p>

	prestazione del consenso all'iscrizione alla <i>newsletter</i> . L'utente che non dovesse prestare il proprio consenso, pertanto subirebbe il pregiudizio di non poter usufruire dei contenuti del sito.	Tale impostazione consente all'utente di prestare il proprio consenso liberamente, non essendo quest'ultimo richiesto per accedere ai contenuti del sito.
 <b>SPECIFICO</b>	<p><i>Esempio:</i> una piattaforma televisiva a pagamento raccoglie i dati personali degli abbonati, in base al loro consenso, al fine di presentargli un'offerta personalizzata di film sulla base delle loro abitudini di visione. La piattaforma televisiva decide successivamente di consentire a terze parti di trasmettere o mostrare agli abbonati pubblicità personalizzate in virtù delle loro abitudini di visione, utilizzando quale base giuridica il consenso prestato alla profilazione delle abitudini di visione.</p> <p>In questo caso <b>non</b> può considerarsi integrato il requisito della specificità, in quanto il consenso dev'essere prestato specificamente per ogni finalità.</p>	<p><i>Esempio:</i> la piattaforma televisiva che intende consentire a terze parti di trasmettere o mostrare agli abbonati pubblicità personalizzate sulla base delle loro abitudini di visione trasmette i propri abbonati un'apposita informativa, corredata da una richiesta di consenso per finalità di <i>marketing</i> di terzi.</p> <p>La soluzione in esame è corretta, in quanto, in questo modo, gli interessati avranno prestato due consensi relativi a due diversi trattamenti: l'uno per la profilazione delle abitudini di visione, l'altro per ricevere comunicazioni promozionali da parte di terzi.</p>
 <b>INFORMATO</b>	<p><i>Esempio:</i> la pagina di iscrizione ad una piattaforma di <i>e-commerce</i> presenta una richiesta di consenso alla profilazione degli utenti in base ai prodotti acquistati. L'informativa privacy della piattaforma non fornisce alcuna specifica indicazione in merito alle finalità e ai mezzi della profilazione in parola, fornendo unicamente informazioni generiche. La richiesta di consenso è formulata altrettanto genericamente.</p> <p>In situazioni come quella sopra illustrata il consenso fornito dagli interessati <b>non</b> può essere considerato informato. Difatti, ai sensi dell'art. 7, par. 2 GDPR "<i>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</i></p>	<p><i>Esempio:</i> l'informativa privacy della piattaforma di <i>e-commerce</i> illustra chiaramente le finalità e i mezzi di ciascuno dei trattamenti effettuati sui dati personali degli utenti, compresa la profilazione. La richiesta di consenso è presentata in modo tale da essere chiaramente distinta rispetto, ad es., alla dichiarazione di presa visione dell'informativa, e rimanda esplicitamente all'informativa privacy.</p> <p>In questo caso il consenso raccolto dall'utente può ritenersi "informato", avendo lo stesso ricevuto informazioni chiare e dettagliate in merito alle attività di profilazione e avendo manifestato il proprio consenso dopo aver visionato una richiesta esplicita e distinta da ogni altra questione, formulata in maniera comprensibile.</p>

	<i>comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro”.</i>	
 <p><b>INEQUIVOCABILE</b></p>	<p><i>Esempio:</i> il sito web istituzionale di una società presenta un <i>cookie banner</i> nel quale la casella relativa al consenso all’utilizzo di <i>cookie</i> di profilazione risulta pre-spuntata al momento del primo accesso da parte dell’utente.</p> <p>In questo caso <b>non</b> può dirsi che l’utente abbia espresso una manifestazione di volontà inequivocabile, non avendo lo stesso compiuto alcuna esplicita azione positiva.</p>	<p><i>Esempio:</i> la casella relativa al consenso all’utilizzo di <i>cookie</i> di profilazione è vuota e l’utente vi appone la spunta di propria volontà.</p> <p>Può ritenersi integrato il requisito dell’inequivocabilità, avendo l’utente espresso il proprio consenso tramite un’azione positiva, i.e. apponendo personalmente la spunta alla casella di richiesta del consenso.</p>

### 3. COME DEVE ESSERE RACCOLTO IL CONSENSO?

Alla luce di quanto sopra riportato, come dev’essere strutturata la raccolta del consenso da parte di **un’ipotetica Società Alfa S.p.A.**, ad esempio nel contesto di trattamenti di dati personali per finalità di *marketing*?

Innanzitutto, la richiesta di consenso dev’essere strutturata in modo tale da rispettare i requisiti di cui alla precedente Sezione 2 e quindi:

- A. non deve condizionare la conclusione del contratto con Alfa o la fornitura dei servizi da parte di quest’ultima (**libero**);
- B. deve essere chiaramente ed esclusivamente connessa al trattamento di dati personali per finalità di *marketing* (**specifico**);
- C. deve essere presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro e connessa ad un’informativa privacy che fornisca informazioni chiare e sufficienti in merito alle finalità, ai mezzi e alla base giuridica dei trattamenti effettuati per finalità di *marketing* (**informato**);
- D. deve essere presentata all’interessato in modo tale da far sì che il consenso prestato equivalga ad un inequivocabile manifestazione di volontà (**inequivocabile**), ad esempio mediante dichiarazioni scritte o, nel contesto di trattamenti di dati personali *online*, tramite apposite caselle – che, in ogni caso, non possono mai essere pre-spuntate.

È poi di fondamentale importanza che Alfa S.p.A. registri adeguatamente il consenso. Difatti, l’art. 7, par. 1 del GDPR prevede che *“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”*. Ciò significa che Alfa S.p.A. dovrà adottare misure tecniche e organizzative idonee a tener traccia dei

consensi prestati dagli interessati, ad es. piattaforme che consentono di registrare i consensi, note come Consent Management Platform (CMP) o, in caso, di dichiarazioni cartacee, archivi fisici/digitali.

L'adozione di tali misure ha un rilievo primario anche con riferimento alla revoca del consenso. Infatti, potendo gli interessati revocare il consenso in ogni momento senza pregiudicare la liceità dei trattamenti effettuati sino alla revoca, la facoltà di tener traccia delle revoche consente ad Alfa S.p.A. non solo di adempiere "in negativo" all'art. 7, par. 1 di cui sopra, ma anche di tutelarsi in caso di contestazioni da parte degli interessati. Sul punto, si ricorda che Alfa S.p.A. deve comunque informare gli interessati circa il diritto a revocare il consenso contestualmente alla richiesta dello stesso.

#### **4. MIGRAZIONE DEI CONSENSI A UN NUOVO PROVIDER: LE ATTIVITA' DA PORRE IN ESSERE**

Nello svolgimento delle attività di *marketing*, Alfa S.p.A. si avvale del *provider* Beta S.r.l., che fornisce ad Alfa una piattaforma di CMP. Alla scadenza del contratto, Alfa decide di rivolgersi alla società Gamma S.r.l. per l'approvvigionamento di una nuova piattaforma di CMP. Come dev'essere gestita la migrazione dei consensi da Beta a Gamma?

##### **a. Trasferimento dei dati da una piattaforma all'altra**

Ove il contratto con Beta non preveda disposizioni in merito all'eventualità di una migrazione verso un nuovo *provider*, Alfa, con il supporto di Gamma, deve provvedere a delineare la soluzione tecnica di trasferimento dei dati da un CMP all'altro (incluso ad es. il formato con cui essi verranno trasferiti), assicurandosi che questa sia effettivamente attuabile da Beta per quanto di propria competenza.

##### **b. Atti di nomina a responsabili del trattamento**

È necessario che Alfa S.p.A. abbia sottoscritto nel tempo due atti di nomina a responsabile del trattamento:

- **con Beta:** l'atto in parola, nello specifico, dovrebbe quantomeno contenere clausole in merito al diritto di Alfa di chiedere a Beta la restituzione/ cancellazione dei dati personali alla scadenza del contratto. In tal modo, una volta finalizzato il trasferimento dei dati verso la piattaforma CMP di Gamma, Alfa potrà avvalersi della summenzionata clausola per far sì che i dati personali di cui essa è titolare le vengano restituiti/vengano distrutti da Beta. Tale atto di nomina può anche prevedere l'obbligo per Beta di fornire ad Alfa una dichiarazione formale di avvenuta cancellazione dei dati;

- **con Gamma:** alla stipula del contratto con Gamma o, comunque, in un momento immediatamente successivo, è opportuno che Alfa nomini Gamma quale responsabile del trattamento tramite un apposito atto scritto, fornendo altresì istruzioni in merito ai trattamenti di dati personali effettuati per il tramite della nuova piattaforma di CMP (incluse, ad esempio, disposizioni in merito alle azioni da compiere in caso di revoca del consenso)

**c. È necessario informare gli interessati?**

No, Alfa S.p.A. non è tenuta ad informare gli interessati in merito alla sostituzione del *provider*. Ciò, tuttavia, nella misura in cui l' informativa privacy visionata dagli interessati al momento della prestazione del consenso dia evidenza del fatto che i dati personali possono essere comunicati a fornitori, *partner* commerciali, *provider* IT ecc., i.e. a categorie di destinatari a cui Beta e Gamma possono essere ricondotte.

*Il presente Documento è rivolto alle Società in quanto Titolari del Trattamento in riferimento alle attività che devono essere promosse dal DPO, ove nominato. Dette attività informative rappresentano una esemplificazione di quanto lo Studio svolge quando è chiamato a ricoprire la carica di responsabile della protezione dei dati (DPO).*

*Il presente Documento non costituisce parere professionale in materia di consenso, bensì rappresenta una guida pratica ed informativa, non esaustiva, essendo necessario nella valutazione concreta tener conto dello specifico contesto aziendale di riferimento.*

*Per ogni ulteriore informazione e/o chiarimento sul punto, la preghiamo di contattare:*

Avv. Roberta Di Vieto, [roberta.divieto@studiopirola.com](mailto:roberta.divieto@studiopirola.com);

Avv. Mattia Salerno, [mattia.salerno@studiopirola.com](mailto:mattia.salerno@studiopirola.com).

