

POSITION PAPER NETCOMM

IL TRASFERIMENTO INTERNAZIONALE DI DATI NEL CONTESTO POST-SCHREMS II:

PROSPETTIVE SU UN NUOVO ACCORDO UE-USA

MILANO, 16.12.2021

Netcomm, il Consorzio del Commercio Digitale Italiano, rappresenta l'ecosistema digitale in Italia riunendo settori diversi come la vendita al dettaglio, l'e-commerce, l'ICT, il settore sanitario e farmaceutico, l'elettronica di consumo, il turismo e i trasporti, l'intrattenimento, il fintech, le banche e le assicurazioni, gli editori e le agenzie di comunicazione; ambiti differenti accomunati dall'esigenza di trattare i dati personali, incluso il loro trasferimento, in modo conforme ai dettami normativi a tutela dei diritti e delle libertà degli individui.

Netcomm crede fortemente che il trasferimento internazionale di dati sia essenziale per la crescita dell'economia europea e nazionale. Data l'incertezza e precarietà dell'attuale quadro regolatorio che concerne il trasferimento dei dati tra l'Unione Europea e gli Stati Uniti a seguito della Sentenza della Corte di Giustizia Europea del 16 luglio 2020 (nota come Sentenza Schrems II), si invitano fermamente i responsabili politici a adottare misure che possano rendere stabile ed affidabile il quadro normativo di riferimento, affinché i cittadini e le imprese possano beneficiarne.

Premesse

Il Regolamento UE/679/2016 (GDPR) impone condizioni ai trasferimenti al di fuori dell'Unione Europea al fine di garantire un livello adeguato di protezione dei dati dei cittadini europei.

Il trasferimento di dati personali può avvenire infatti sulla base di una decisione di adeguatezza della Commissione europea, relativa ad un accordo bilaterale tra stati, o attraverso il ricorso a diversi strumenti quali le clausole contrattuali standard (SCC) o le Binding Corporate Rules (BCR) mediante le quali il Titolare del trattamento (o il Responsabile del trattamento) fornisce garanzie organizzative, tecniche e contrattuali idonee agli standard europei che comprendano diritti azionabili a favore dell'interessato e mezzi di ricorso giurisdizionali da azionare nei casi di violazione.

Con le sentenze note come "Schrems I" e "Schrems II" (emanate rispettivamente nel 2015 e 2020) la Corte di Giustizia Europea (CGUE) ha invalidato le due decisioni di adeguatezza relative agli accordi EU-US *Safe Harbor* e EU-US *Privacy Shield*, dichiarando le garanzie offerte dagli Stati Uniti non allineate con il GDPR.

La sentenza della CGUE del 16 luglio 2020 (Schrems II) si è pronunciata anche in merito alle Clausole Contrattuali Standard ritenendo che le stesse forniscano garanzie adeguate **solo nel caso in cui venga garantito un livello di protezione equivalente a quello dell'UE da parte dello stato di destinazione.**

Il 27 giugno 2021 la Commissione Europea ha approvato le nuove Clausole, in linea con le Raccomandazioni dell'European Data Protection Board del 14 giugno 2021.

I due interventi, che rappresentano un importante supporto per disciplinare la materia, non appaiono tuttavia risolutive.

Netcomm

Via Serbelloni, 2 – 20121 Milano
segreteria@consorzionetcomm.it
www.consorzionetcomm.it

Contesto di riferimento e criticità

Le nuove SCC prevedono la necessità di definire in maniera analitica misure tecniche e organizzative per garantire, nel concreto, il rispetto di standard di protezione che siano in linea con il GDPR. Ne deriva pertanto che nell'ambito del trasferimento dei dati verso paesi extra-UE occorre valutare il contesto normativo del paese importatore mediante una specifica valutazione di impatto sul trasferimento dei dati (*data transfer impact assessment*); un'analisi complessa e articolata che grava su tutte le aziende, indipendentemente dal settore o dalla dimensione.

Ad oggi l'applicazione delle "Clausole Contrattuali Standard" e lo svolgimento del *Data Transfer Impact Assessment* rappresentano per le aziende – con particolare riguardo alle PMI – un processo gravoso e oneroso, in **quanto la valutazione dell'adeguatezza dell'ordinamento di destinazione dei dati è particolarmente complessa**, così come altrettanto complessa è la determinazione di garanzie supplementari – ovvero le misure ulteriori richieste dall'EDPB – da applicare per conseguire una protezione "equivalente" ai livelli applicati nell'Unione Europea. È dunque evidente che tali strumenti, per quanto efficaci, non siano in grado di fornire quel livello di operatività, di tutela e di certezza giuridica negli scambi tra le due aree.

Si tratta, peraltro, di approfondimenti che, per il loro rilievo e delicatezza, possono richiedere diverso tempo ed essere soggetti a ulteriori ri-valutazioni, come confermato dalle stesse sentenze "Schrems I" e "Schrems II" sopra menzionate.

Gli impatti sulle imprese

Lo scenario delineatosi a seguito delle Sentenze sopra menzionate, se perpetuato, rischia di avere ripercussioni dirette su settori cruciali dell'economia europea e di incidere negativamente sul loro sviluppo.

In primo luogo nel **settore manifatturiero**, per due ordini di ragioni: (i) la mancanza di un accordo quadro penalizza infatti un'industria fortemente basata sull'uso e trasferimento dei dati limitandone la capacità di esportare, inoltre (ii) perché tale settore è costituito in gran parte da piccole e medie imprese (un terzo delle imprese esportanti in tutta Europa), le quali si trovano in situazione di difficoltà nell'affrontare i processi di compliance legati al rispetto delle Clausole Contrattuali Standard. Secondo una recente stima¹, le esportazioni del settore manifatturiero – che costituiscono un pilastro del settore del commercio internazionale - subirebbero una contrazione del valore pari a 60 miliardi di euro, e quelle proprie delle PMI europee una contrazione di valore pari a 14 miliardi di euro, a fronte del valore complessivo delle esportazioni stimato di 280 miliardi di euro.

Altri settori cruciali per l'economia europea, come quello **media e della cultura**, rischiano di veder ridotte le loro esportazioni di quasi il 10%.

È importante sottolineare come altri settori non immediatamente legati alle dinamiche del commercio internazionale ma per questo non meno importanti, soffrono delle conseguenze dell'invalidazione dell'accordo EU-US Privacy Shield.

Si pensi, ad esempio, alle attività di **ricerca scientifica in campo medico e diagnostico**; lo sviluppo di cure e dispositivi medici fanno ampio riferimento allo scambio di dati e accesso ad informazioni per progredire, specialmente in un momento di forte difficoltà come quello attuale causato dalla pandemia da COVID-19. Ad esempio, il trasferimento internazionale risulta fondamentale per studiare e comparare rischi genetici e fattori epidemiologici al fine di ottimizzare la prevenzione e lo sviluppo di cure. Senza una decisione di adeguatezza, gli altri strumenti dal GDPR sono intesi come eccezioni e deroghe al regime ordinario, ed intese come tali anche dallo European Data Protection Board nel contesto delle attività di ricerca medica legate alla lotta alla pandemia².

E ancora, alle complessità connesse alla conduzione di **sperimentazioni cliniche**, che vedono necessariamente il coinvolgimento di più soggetti (come *sponsor*, organizzazioni di ricerca a contratto, diversi centri di sperimentazione, oltre che gli stessi interessati), eventualmente localizzati sia all'interno che al di fuori dell'Unione europea, i quali devono identificare attentamente il loro ruolo e disciplinare i reciproci flussi di dati, svolgendo attività di trattamento estremamente complesse e articolate.

¹ https://www.digitaleurope.org/wp/wp-content/uploads/2021/06/Frontier-DIGITALEUROPE_The-value-of-cross-border-data-flows-to-Europe_Risks-and-opportunities.pdf

² https://easac.eu/fileadmin/user_upload/Nature_Medicine_Comment.pdf

Gli effetti della decisione Schrems II si sono già manifestati in settori più propriamente digitali: si segnalano la decisione del Garante per la protezione dei dati e la libertà d'informazione di Amburgo, che ha ammonito ufficialmente la Cancelleria del Senato della Città Libera e Anseatica di Amburgo dall'usare il servizio di videoconferenza Zoom³, e la decisione dell'Autorità Privacy portoghese (CNPD), con la quale è stato sospeso l'invio di dati personali raccolti per il Censimento 2021 verso gli Stati Uniti o altri paesi che non assicurano un adeguato livello di protezione⁴. Da ultimo, la recente decisione della sesta sezione del tribunale amministrativo di Wiesbaden⁵ in materia di Cookie che ha vietato l'utilizzo di un servizio di cookie che preveda il trasferimento dei dati (compreso l'indirizzo IP degli utenti) su server di una società con sede negli USA).

Si tratta, tuttavia, di temi che impattano su tutti gli operatori, indipendentemente dal settore di appartenenza e dalla dimensione dell'impresa, della realtà interessata.

Con particolare riferimento ai gruppi multinazionali che, per loro stessa natura, sono caratterizzati da un intenso flusso di dati transfrontaliero e che, per ragioni di efficienza, tendono ad accentrare la propria infrastruttura informatica. In tali contesti, all'incertezza applicativa relativa alle Clausole Contrattuali Standard vanno ad aggiungersi complessità connesse allo stesso flusso dei dati, alla frammentazione delle attività di trattamento (inclusa la conservazione) nell'ambito di diversi paesi, e ai ruoli dei soggetti coinvolti in termini di titolarità, contitolarità, responsabilità del trattamento. Ciò può comportare non solo significative spese per la valutazione e la gestione degli adempimenti previsti dalla normativa applicabile, anche nelle situazioni di natura più ordinaria – si pensi, per esempio, a una società capogruppo statunitense che intenda proporre l'adozione di un sistema di posta elettronica centralizzato per tutte le società del gruppo – ma, nonostante tali attività, un alto livello di rischio di non conformità.

Con riferimento alle realtà di piccole e medie dimensioni, molte di loro si avvalgono di partner e fornitori con sede al di fuori dell'Unione; in molti casi tali aziende si trovano a gestire processi di compliance complessi e articolati, con particolare riferimento alla **“valutazione dell'adeguatezza dell'ordinamento di destinazione dei dati”**, tale adempimento appare estremamente gravoso e rischioso (oltre che ingiusto) ponendo a carico delle aziende (e dei consulenti che le supportano) delle verifiche sull'adeguatezza della normativa del paese ricevente che non compete loro, senza contare, inoltre, che tali attività sono spesso espletate da parte di aziende che si trovano in una posizione negoziale debole (se non addirittura totalmente priva di potere negoziale); in simili situazioni, dinnanzi alla “necessità” di avvalersi comunque di determinati servizi, la scelta di rinunciare al servizio, denunciare e risolvere un rapporto contrattuale con un fornitore che non dia le garanzie adeguate sul trasferimento è poco realistica e difficilmente percorribile. Appare quindi evidente che simili situazioni non giovino né alle imprese né tanto meno agli interessati.

Le preoccupazioni degli operatori economici ed industriali sono state chiarite più volte, e utilmente raccolte nella valutazione delle risposte alla consultazione relativa alle raccomandazioni dell'EDPB 01/2020 (Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data). Secondo la revisione dell'IAPP, il 25% dei circa 200 commenti pervenuti evidenzia come l'applicazione delle raccomandazioni possa tradursi un obbligo di localizzazione, impattando specificamente alcuni settori e operazioni a causa di un rallentamento del trasferimento internazionale di dati⁶.

³ <https://datenschutz-hamburg.de/pressemitteilungen/2021/08/2021-08-16-senatskanzlei-zoom>

⁴ https://edpb.europa.eu/news/national-news/2021/census-2021-portuguese-dpa-cnpd-suspended-data-flows-usa_en

⁵ <https://verwaltungserichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/cookie-dienst>

⁶ <https://iapp.org/news/a/new-urgency-about-data-localization-with-portuguese-decision/>

Conclusioni

Come si evince dalle brevi riflessioni sopra esposte, la mancanza di un accordo nel quale vengano stabiliti obblighi, garanzie e modalità operative per le imprese, nonché meccanismi di revisione e di aggiornamento dell'accordo stesso e, più in generale, i parametri di riferimento per operare in modo conforme, rischia di compromettere la vitalità delle aziende, la dinamicità dei mercati, i diversi settori industriali e il valore aggiunto che questi portano alle economie nazionali e dell'Unione Europea in senso ampio.

I trasferimenti di dati aprono nuovi mercati e nuove opportunità e rappresentano un'importante occasione di sviluppo e di crescita per le imprese dell'Unione Europea; tale aspetto è particolarmente evidente e significativo in relazione agli scambi transatlantici tra Stati Uniti e Unione Europea, in relazione ai quali si registra il più elevato flusso di dati rispetto a qualsiasi altra parte del mondo; appare quindi evidente come il trasferimento dei dati rappresenti un **presupposto cruciale per lo sviluppo dell'economia moderna** rendendo fondamentale la negoziazione di un nuovo accordo in tempi ristretti.

Per preservare e accrescere il valore di questi ecosistemi, e per raggiungere questi obiettivi, è necessario uno strumento che possa fornire regole certe e che permetta alle aziende di agevolare i processi operando in modo conforme, garantendo sicurezza e protezione dei dati personali, dei diritti e delle libertà degli interessati nonché meccanismi di vigilanza e sanzionatori in caso di inadempienza da parte dei singoli operatori.

Alla luce di quanto esposto, Netcomm invita fermamente i responsabili politici nazionali ed europei nonché l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali **a sostenere** il prosieguo e la necessaria conclusione dei dialoghi, affinché si possa celermente raggiungere ad un accordo sulle modalità di regolamentazione dei flussi transatlantici di dati a supporto dell'espansione e crescita dell'economia digitale nazionale ed Europea che possa soddisfare quel necessario equilibrio tra la tutela dei diritti e le libertà fondamentali, da un lato, e lo sviluppo e la crescita dell'innovazione e dell'economia dall'altro lato.