



Torino, 10 gennaio 2021

All'attenzione di
Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali
Piazza Venezia n. 11 - 00187 Roma
lineeguidacookie@gpdp.it

**Oggetto: Consultazione pubblica «Linee guida sull'utilizzo di cookie e di altri strumenti di tracciamento»
contributo Centro Studi di Informatica Giuridica di Ivrea Torino**

Il Centro Studi di Informatica Giuridica (CSIG) Ivrea-Torino è un'associazione interdisciplinare senza fini di lucro attiva dal 2005 (<http://www.csigivreatorino.it/>) che studia l'impatto della tecnologia sulla società e sul diritto. Il CSIG Ivrea-Torino, complimentandosi per la pregevole iniziativa del GPDP relativa alla consultazione pubblica su "Linee guida sull'utilizzo di cookie e di altri strumenti di tracciamento", come avvenuto nella precedente consultazione promossa dall'Autorità nel 2012, esprime le seguenti osservazioni e proposte in ottica migliorativa.

L'Associazione esprime pieno apprezzamento per la dichiarazione dell'EDPB n. 3/2019 sul Regolamento E-privacy adottata il 13 marzo 2019 e ritiene che il citato Regolamento non debba in nessun caso ridurre il livello di protezione offerto dall'attuale Direttiva 2002/58/CE in materia di E-privacy e debba invece integrare il RGPD fornendo robuste garanzie supplementari per tutti i tipi di comunicazione elettronica. Se l'Italia in Europa e l'Europa nel mondo potranno assumere un ruolo trainante, sarà principalmente per la leadership culturale che riusciranno a promuovere, mettendo la tecnica al servizio dell'uomo; **facendo percepire alle imprese che la *data protection* non deve essere vista come ostacolo al business o come un vincolo burocratico, ma come sintesi di incontro tra tutela della persona ed economia digitale.** In questo, anche le linee guida relative ai cookies risultano centrali per ribadire l'importanza di creare un clima diffuso di fiducia nei sistemi digitali che consentirà di favorire lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno (C7 GDPR), in caso contrario le persone saranno tentate ad allontanarsi.

Per questo motivo le Linee guida in materia di cookie, che si estendono a qualsiasi tipo e forma di tracciamento, dovranno ribadire in maniera chiara alcuni principi che i titolari devono sempre tenere presente nell'implementazione dei propri trattamenti.

Avendo riscontrato sul campo prassi, a nostro parere, non corrette, forniamo alcune indicazioni che l'Autorità dovrebbe considerare e riportare a tutela dei cittadini - anche attraverso l'uso di esempi - nelle Linee guida in materia di cookie e altri strumenti di tracciamento

Riferimenti normativi

Tra i riferimenti normativi esplicitati nel documento posto in consultazione pubblica emergono: la Direttiva 2002/58/CE (cd. Direttiva ePrivacy) e successive modifiche; l'art. 122 del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali); il Regolamento (UE) 2016/679, per la nozione di consenso di cui agli artt. 4, punto 11 e 7 e Considerando n. 32, come da ultimo

interpretati alla luce delle Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679, Versione 1.1, adottate il 4 maggio 2020 dall' EDPB.

Si sottolinea tuttavia che nell'attuale testo in consultazione non compaiono i riferimenti normativi alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (cd. Carta di Nizza), i cui artt. 7 e 8 risultano quanto mai attuali e necessari per la materia in discussione. L'art. 7, infatti, afferma che "Ogni persona ha diritto al rispetto (...) delle proprie comunicazioni", mentre l'art. 8 ribadisce, tra le altre cose, che i "dati (personali, ndr) devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica".

Campo di applicazione

Le linee guida si riferiscono a tutte le operazioni di lettura e scrittura tramite cookie e altri tracciatori (attivi o passivi e in qualsiasi forma questi siano realizzati) che utilizzano informazioni memorizzate o accessibili in apparecchiature terminali, **indipendentemente dal fatto che si tratti o meno di dati personali** ai sensi del GDPR, a norma dell'art. 5, par. 3, della Direttiva ePrivacy e dell'art. 122 del Codice Privacy.

Si consiglia altresì di specificare il **campo di applicazione delle Linee guida relativamente ai dispositivi** proponendo una lista non esaustiva, ad esempio tablet, smartphone, console di videogiochi, veicoli connessi, IoT ecc., **per comunicare al meglio la più ampia applicabilità delle regole e per sgombrare il campo da equivoci di inapplicabilità**. In generale, visto il ritmo dello sviluppo tecnologico, **appare una necessità di non focalizzarsi solamente sui "cookie web" ma su più ampi tipi di tecnologie traccianti**.

Tipologie, finalità e basi legali

Per i cookie tecnici che hanno il solo scopo di consentire o facilitare la comunicazione elettronica, non è richiesto il consenso, nella misura in cui l'archiviazione tecnica o l'accesso alle informazioni già archiviate se finalizzati unicamente ad effettuare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria al fornitore di un servizio della società dell'informazione esplicitamente richiesto dal contraente o dall'utente a erogare tale servizio come previsto art 122 del Codice Privacy.

Per i cookie non tecnici, se non strettamente funzionali alla fornitura del servizio, è sempre necessario il consenso nelle modalità previste dal Regolamento e come previsto dall' art. 122 del Codice Privacy "L'archiviazione delle informazioni nell'apparecchio terminale di un contraente o di un utente o l'accesso a informazioni già archiviate sono consentiti unicamente a condizione che il contraente o l'utente abbia espresso il proprio consenso dopo essere stato informato con modalità semplificate."

Qualsiasi cookie tecnico, che di per sé non richiederebbe il consenso, **se è utilizzato anche per altre ulteriori finalità**, comprese quelle di tracciamento per finalità di marketing compresa la profilazione, se utilizzato per altre finalità **ovvero se incrociato con qualsiasi altro dato per finalità ulteriori, tali ulteriori trattamenti devono considerarsi illeciti a norma art. 122 del Codice Privacy**

se per ciascuno di essi non è stato prestato un libero, specifico, informato, esplicito ed inequivocabile consenso.

I tracker non tecnici e tutti i relativi trattamenti sono da ritenersi illeciti, a meno che un utente non ne acconsenta liberamente a norma art.122 del Codice Privacy.

Tenere traccia del comportamento degli utenti, elaborare preferenze di consumo e fornire pubblicità personalizzata è sempre un tracciamento da ritenersi rigorosamente regolato dalle 'Cookie Law' dell'UE (articolo 5, paragrafo 3, della direttiva e-Privacy) e dall'art.122 del Codice Privacy e richiede il consenso informato e inequivocabile degli utenti.

In assenza di consenso si dovrebbe sempre supporre il rifiuto dell'utente a qualsiasi tipo di tracciante che non può essere depositato e/o letto sul suo terminale, fatta eccezione per quelli tecnici a norma art.122 del Codice Privacy.

Tra l'altro, così come dovrebbe essere facile rifiutare il trattamento dei propri dati attraverso l'utilizzo di strumenti traccianti, dovrebbe essere altresì agile per gli utenti fornire il proprio valido consenso in ogni momento secondo delle modalità pratiche che permettono agli utilizzatori di beneficiare di soluzioni semplici. **Si potrebbe allora prevedere all'interno delle Linee guida l'esplicita possibilità per gli utenti di "accettare tutto", a patto però di esplicitare ogni singola finalità del trattamento e di proporre l'alternativa valida di poter accettare o rifiutare ogni finalità omogenee tramite il pulsante "altre opzioni".**

Responsabilità degli attori coinvolti

In generale, si consiglia di prevedere all'interno delle Linee guida delle sintetiche indicazioni in merito agli adempimenti soggettivi in materia di cookie ed altri sistemi di tracciamento (titolarità autonoma, contitolarità, responsabilità del trattamento).

Elusione del consenso

Qualsiasi forma di elusione del consenso attraverso il ricorso del legittimo interesse o altra forma, comunque la si voglia chiamare es. Gestione Partner; Fornitori ecc., dove spesso compare un elenco di diverse decine se non centinaia di voci con una casella preselezionata, **deve essere considerata non in linea con i principi di liceità, correttezza e trasparenza e ed è in violazione delle norme sul consenso.**

Qualsiasi sistema di tracciamento attivo o passivo sia esso cookie, cookie Flash, archiviazione locale implementata all'interno dello standard HTML 5; qualsiasi accesso alle informazioni su terminali tramite API (LocalStorage, IndexedDB, identificatori di annunci come IDFA o ID Android, accesso GPS, ecc.); qualsiasi set di dati utilizzato per calcolare una singola impronta digitale del terminale o fingerprinting; identificatori generati dai sistemi operativi come IDFA, SKAdNetwork, AAID, IDFV, ID Android, ecc.; identificatori hardware come MAC address, IMEI, numero di serie o altro identificatore del dispositivo; pixel invisibili o "web beacon" ecc. **sono da considerarsi leciti solo nella misura in cui trovino una legittima base legale** nel art. 6 del Regolamento e nel art.122 del Codice Privacy.

Il ricorso al **legittimo interesse è da considerarsi non conforme** alle previsioni del Codice privacy art. 122. Il ricorso al legittimo interesse per finalità di marketing è da considerarsi lecito solo nella

misura in cui ricorrano le condizioni, da documentare e comprovare, che il caso sia riconducibile al caso del cd. soft spam; in tutti gli altri casi, compresa la profilazione, è da considerarsi illecito.

Chiunque, per l'utilizzo di cookie o tracciatori, abbia fatto ricorso al legittimo interesse, deve poter dimostrare che alla data di inizio del trattamento ha adottato idonee misure organizzative tecniche per far fronte alle richieste di esercizio dei diritti degli interessati anche in relazione a tutti questi trattamenti.

Qualora un terzo (fornitore di applicazioni e inserzionisti, fornitori di servizi, partner, agenzia pubblicitaria, bacheche pubblicitarie, social network o altro) **utilizzi a qualsiasi titolo e in qualsiasi forma tracciatori, è compito di chi ne stabilisce e autorizza l'utilizzo garantire che questo soggetto terzo rispetti tutte le norme del GDPR**, del Codice Privacy e ne risponde direttamente. Tra questi deve poter garantire che il terzo non trasferisca dati in paesi extra UE non coperti da dichiarazione di adeguatezza o altra tutela prevista dal Regolamento; che **le informative di ogni singolo partner siano conformi al Regolamento e fornite anche in lingua italiana**. Deve inoltre verificare e garantire che il terzo rispetti i diritti degli interessati e che questi siano esercitabili attraverso formulari e testi forniti in lingua italiana.

In caso di ricorso al legittimo interesse si deve essere in grado di dimostrare di aver fatto il test a tre fasi (Test di scopo, Test di necessità e Bilanciamento interessi) e dimostrare di averlo superato positivamente. Dopo aver superato positivamente il test a tre fasi, **l'Autorità potrebbe comunque, in caso di verifica o ispezione, ritenere che pur sussistendo il legittimo interesse, come dimostrato dalla documentazione fornita e dalle verifiche sui sistemi, ritenga a proprio giudizio prevalente il diritto degli interessati e dichiarare quindi illegittimo il trattamento.**

Il ricorso al legittimo interesse come mezzo per eludere il consenso è da considerarsi una **violazione particolarmente grave**, contraria ai principi di correttezza, lealtà e trasparenza e configura sempre un trattamento illecito in violazione degli art. 6 e 5 del Regolamento.

Vista la diffusa consuetudine che ultimamente sta inducendo molti a usare il legittimo interesse per eludere il consenso si ritiene che l'Autorità debba quanto prima prendere posizione in merito.

Chiunque abbia fatto ricorso al legittimo interesse e non sarà in grado di dimostrare di aver condotto e superato positivamente il test a tre fasi, a seguito di un reclamo, sarà potenzialmente sanzionabile per aver condotto un trattamento illecito per il periodo in oggetto anche se poi ha interrotto tale trattamento.

Tutti quei sistemi o tracciatori che, proprio come una targa, consentono a produttori di hardware e ad altre terze parti di identificare gli utenti tra le applicazioni e persino collegare tra più dispositivi diversi le abitudini di comportamento online e mobile o "**cross device tracking**" **si devono basare sul consenso dell'interessato.**

Nei casi in cui sia concesso all'utente **cambiare autonomamente questo identificativo**, chiunque lo utilizzi, sempre e solo dopo il consenso espressamente prestato dall'utente, incrociandolo con altri dati o tracciatori al fine di ricollegarlo ai dati o al profilo precedente **commette un illecito.**

Computer e smartphone sono divenuti i dispositivi più intimi per la maggior parte delle persone e per questo si deve quindi imporre ai produttori che siano venduti senza tracker per impostazione predefinita quale rispetto della propria vita privata e delle comunicazioni elettroniche come previsto dagli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

La conservazione della scelta

La conservazione proporzionata delle scelte espresse dagli utenti durante la loro navigazione su un sito web dovrebbe essere tenuta in considerazione. In effetti, senza questa conservazione, gli

utilizzatori si vedrebbero apparire una nuova finestra con la richiesta di consenso ad ogni nuova pagina consultata ed ad ogni nuovo accesso al sito web (anche all'interno della stessa ora o giornata di navigazione), il che potrebbe rappresentare una minaccia per la loro libertà di scelta. In generale, **si potrebbe raccomandare che la scelta espressa dagli utenti, sia che si tratti di un consenso che - a maggior ragione - di un rifiuto, venisse registrata in modo tale da non sollecitare nuovamente il consenso prima di un certo lasso di tempo.** La durata della conservazione di tali scelte dovrebbe essere valutata caso per caso, in relazione alla natura del sito o dell'applicazione considerata e delle specificità del suo audience.

Allo stesso tempo, poiché il consenso potrebbe essere dimenticato dalle persone che lo avevano validamente prestato in un determinato momento, si dovrebbe raccomandare ai titolari di rinnovare la richiesta a determinati e adeguati intervalli. In questo caso, la durata di validità del consenso scelta dal titolare del trattamento deve tenere in considerazione il contesto, la portata del consenso iniziale e le aspettative degli interessati.

Web dinamici, pattern e segmentazione psicografica

Con riferimento alla pag. 7 del documento in consultazione si ritiene **altamente pericolosa** “la comunicazione degli eventi generati dall'utente al sito sul quale lo stesso sta navigando, con esempio la trasmissione dal browser di eventi quali movimenti del mouse all'interno del sito (c.d. **'pattern'**)”. Infatti, attraverso i movimenti del mouse sarebbe possibile profilare ulteriormente gli utenti in base ai comportamenti di azione, decifrare gli stati d'animo anche in tempo reale e arricchire un profilo psicografico attraverso l'interpretazione delle caratteristiche di 'movimento', arrivando finanche a capire se è affetto o meno da particolari malattie, come ad esempio il Parkinson, nevrosi, ecc. e con quale indice di gravità.

La psicografia applicata al marketing studia il consumatore basandosi sulle sue attività, interessi, opinioni, valori; sulla comprensione degli attributi cognitivi degli individui, come le emozioni, gli stati d'animo. Attraverso i profili psicografici degli utenti è possibile, sfruttando anche attitudini e debolezze, influenzare il momento decisionale del consumatore, riuscendo così ad orientare le decisioni dei singoli attraverso le leve strategiche della maggioranza dei gruppi. Oggi si restringe la libertà di autodeterminazione dei singoli non con i dati personali ma attraverso i metadati e l'utilizzo aggregato dei dati. L'utilizzo di grandi analisi sui dati supera i confini della dimensione individuale e assume una dimensione collettiva della privacy e della *data protection*.

Il rischio è quello di orientare lo sviluppo di una coscienza sociale senza che chi viene orientato se ne renda conto: per questo è necessario arrivare a normare e definire dove poter tracciare il confine tra forme di persuasione ammissibile e manipolazione inaccettabile.

Fondamenti legali per le sanzioni

Si suggerisce di evidenziare nelle linee guida che **l'Autorità a fronte di un reclamo potrà basare la propria azione sanzionatoria sull'art 5, paragrafo 3, della direttiva e-privacy e non sul GDPR, questo, senza la necessità di cooperazione tra le autorità dell'UE per la protezione dei dati ai sensi del GDPR.** Questo potrebbe rappresentare un forte deterrente nei confronti dei grossi 'monopolisti tecnologici'.

Settori regolamentati per legge

Anche **contatori intelligenti e smart meters** devono rispettare non solo le leggi nazionali che regolamentano il settore, ma devono garantire di rispettare i principi della legge sui cookie law e-privacy e GDPR. Ne consegue che tutte le informazioni raccolte attraverso questi dispositivi devono fondare la propria base di legittimità sui presupposti dell'art. 6 del Regolamento nel rispetto del principio di minimizzazione; indicando chiaramente quali dati vengono raccolti od osservati sulla base del contratto, quali risultano strettamente necessari all'erogazione della fornitura, quali per finalità di ottimizzazione del servizio nell'interesse esclusivo del distributore e del venditore; quali dati sono raccolti per finalità connesse al marketing, alla profilazione, altre finalità; quali dati sono raccolti per obbligo di legge; quali per mezzo del consenso dell'interessato utente; quali dati sono trasmessi a terzi per legge o per consenso. Per ciascuna delle differenti finalità deve essere indicata la specifica base di legittimità con i relativi dati e deve essere dimostrabile per ciascuna di essa la fondatezza della base legale. I diversi contratti (vendita, trasporto, dispacciamento) che vengono sottoscritti dall'utente per la singola fornitura e le relative informative devono essere ben distinti, identificabili e forniti nel rispetto degli artt. 12 del GDPR e ss. in tema di informazioni e diritti.

Conclusioni

I cookie, quali strumenti di tracciamento delle persone in rete, attraverso l'attribuzione di una identità, qualsiasi cosa si possa intendere con il termine 'identità' (es. fingerprinting, cookie o abitudini di utilizzo e quant'altro) utilizzandola poi per la creazione di profili, profili cross device, cross site, cross app e profili psicografici, **possono divenire il modo più insidioso e invadente per minare il libero arbitrio degli individui e delle masse, questo facendo anche leva sulle debolezze più intime delle persone.**

Risulta pertanto importante definire regole certe sia a tutela dei cittadini e dei consumatori sia per gli operatori e le imprese.

Si suggerisce di chiarire se il provvedimento del 2012 e successivi verranno sostituiti integralmente o integrati e di predisporre dei video informativi del provvedimento al fine di accompagnare le imprese, gli operatori, le associazioni e i cittadini.

Si resta a disposizione per ogni ulteriore ed eventuale

approfondimento e disponibili anche per audizioni telematiche. Nell'ottica di favorire il confronto e l'economia della conoscenza nulla osta alla pubblicazione nell'ottica di trasparenza del presente contributo sul vostro portale con gli altri contributi ricevuti.

Nel complimentarci per la preziosa attività dell'Autorità nella complessa attuale fase di innovazione tecnologica e normativa, si inviano i più cordiali saluti.

Hanno contribuito alla stesura del presente documento: Chiara Bellosono, Nicola Di Mare, Stefano Tresoldi. Gli autori del presente contributo hanno partecipato a titolo personale e non impegnano i relativi studi professionali ed enti.



Il presidente associazione

Mauro Alovisio

[documento edito con licenza creative commons (CC BY-NC-SA IT)
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/it/deed.it>]