



“CUIUS COMMODA, EIUS ET INCOMMODA” PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI IN EUROPA E DISCIPLINA DELLA PRIVACY POLICY DI GOOGLE

FRANCESCA MASCHIO

Sommario: 1. La nozione di “privacy” – 2. La Privacy Policy di Google – 3. Il consenso “informato” – 4. Il principio di limitata finalità – 5. Il modello di tutela

1. L’evoluzione delle disciplina comunitaria sul trattamento dei dati personali, dalla proclamazione nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea¹ al corpus di direttive in costante aggiornamento, estende i valori di dignità e libertà della persona, oltre i confini dell’Unione.

La declinazione della disciplina comunitaria è stata arricchita nella società dell’informazione, oltre le nozioni di riservatezza e di identità personale, in facoltà di “auto-determinazione informativa” della persona².

¹ L’art. 8 (Protezione dei dati di carattere personale) della Carta di Nizza sancisce: “1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati 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 individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente.” Nel nostro ordinamento, si veda la disposizione dell’art. 1 del Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali): “Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano”.

² Sono i nuovi passi del percorso analizzato da S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, 1995, 101 ss.; ID. *Repertorio di fine secolo*, Laterza, 1999, 201 ss.; ID., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie dell’informazione*, Laterza, 2004; ID. *Diritti e libertà nella storia d’Italia*, Donzelli, 2012, 113 ss.; K. Auletta, *Googled: the end of the world as we know it*, Random House, New York, 2009. In questa prospettiva, la nozione di “privacy” non identifica necessariamente aree protette per ragioni di riservatezza, ma tende ad includere l’insieme delle attività e delle situazioni della persona che abbiano un potenziale di “comunicazione” e che si possano tradurre in informazioni, nella sequenza “persona-informazione-circolazione-controllo”. Si legga S. Simitis, *Privacy-An Endless Debate?* in *California Law Review*, vol. 98, 2010, 1989 ss.; *Committee on Privacy in the Information Age - National Research Council, Engaging Privacy and Information Technology in a Digital Age*, Washington D.C., 2000; S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, cit., 206; L. M. Friedmann, *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*, Harvard University Press, 1994, 181 ss; S. R. Hiltz - M. Turoff, *The Network Nation. Human Communication via Computer*,



Proprio le tecnologie elettroniche ed Internet hanno concorso ad introdurre un modo nuovo di costruire la sfera privata, creando la possibilità di raccogliere, conservare, confrontare, organizzare, informazioni disperse ed allocate in contesti diversi per diverse finalità. Questo processo tecnologico offre strumenti e servizi estremamente sofisticati al cittadino della Rete, un fascio di poteri di informazione e di interazione che compone la nuova cittadinanza, ma al tempo stesso veicola nella prassi talune manifestazioni di una concezione proprietaria e negoziale della privacy, che il nostro ordinamento ha ormai superato a livello legislativo.

Emblematico di questo processo giuridico è il complesso equilibrio che le Autorità Garanti stanno ricercando a livello internazionale, dopo mesi di indagine in merito alla nuova Privacy Policy adottata da Google Inc. in data 1 marzo 2012. In considerazione della vasta gamma dei servizi offerti da Google e della diffusione di questi servizi tra i cittadini dell'Unione Europea, fin dal 2 febbraio 2012 l'Article 29 Data Protection Working Group aveva chiesto a Google di valutare le conseguenze della Privacy Policy e la conformità alla disciplina comunitaria per la protezione dei dati personali, in una procedura coordinata. Da ultimo, in data 16 ottobre 2012, le Autorità per la protezione dei dati personali in 27 Paesi europei hanno comunicato rilievi e pubblicato conclusioni comuni sul tema³.

2. Il 24 gennaio 2012, Google ha annunciato l'entrata in vigore della nuova Privacy Policy: nuove norme in materia di riservatezza e nuove condizioni di utilizzo dei propri servizi, applicabili dal 1 marzo 2012 a tutti i propri utenti ed unificate per quasi tutti i propri servizi. Per affrontare le numerose questioni sollevate da questa innovazione da parte di Google, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) francese è stata incaricata dalle Autorità per la protezione dei dati personali dell'Unione Europea, riunite nell'Article 29 Data Protection Working Group, a condurre un'indagine sulle nuove norme, per valutarne la conformità con la normativa europea, in particolare con la Direttiva

MIT Press, 1993; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978; W. L. Prosser, *Privacy*, in *California Law Review*, vol. 48, 1960, 383 ss.

³ Due questionari successivi sono stati inviati dalla CNIL a Google, che ha fornito le risposte il 20 aprile ed il 21 giugno 2012: alcune risposte sono risultate incomplete o approssimative. In particolare, Google non ha fornito risposte soddisfacenti su questioni fondamentali quali la descrizione di tutti i trattamenti dei dati personali e l'elenco esatto di più di 60 politiche sulla privacy che sono state fuse nella nuova Privacy Policy unificata. Article 29 Data Protection Working Group, *Google Privacy Policy: main findings and recommendations*, 16/10/2012; ID. *Letter to Google*, 2/2/ 2012; Asia Pacific Privacy Authorities, *Privacy Support Letter*, 12/10/2012.



95/46/CE, del 24 ottobre 1995, “relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati”, che costituisce il testo di riferimento a livello europeo in materia di protezione dei dati personali, e con la Direttiva 2002/58/CE, del 12 luglio 2002, “relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche”. Altre Autorità per la privacy nel mondo, come l’Asia-Pacific Privacy Authorities forum, l’Hong Kong Privacy Commissioner for Personal Data ed il Privacy Commissioner of Canada hanno avviato indagini ed emesso ordinanze sul tema⁴. L’analisi delle risposte da parte di Google e l’esame di numerosi documenti e dei meccanismi tecnici da parte di esperti e della CNIL ha permesso alle Autorità europee di formulare le proprie conclusioni e raccomandazioni a Google.

3. Le Autorità europee riunite nel Article 29 Data Protection Working Group hanno concluso che l’attuale Privacy Policy di Google non rispetta l’obbligo di informazione, di cui alla sezione IV della Direttiva sulla protezione dei dati. In primo luogo, Google fornisce informazioni incomplete o approssimative circa le finalità e le categorie di dati raccolti. L’informativa resa da Google è un insieme di dichiarazioni particolarmente ampie e di esempi che mitigano tali dichiarazioni, per cui gli utenti possono essere indotti in errore sulla portata esatta del trattamento effettuato da Google. Ulteriori informazioni sono disponibili in avvisi sulla privacy pubblicati nei singoli servizi on-line, nel centro assistenza o nei blog, ma le informazioni disponibili in tali documenti non sono coerenti tra le diverse fonti, possono essere modificati in qualsiasi momento e talvolta sono difficili da comprendere. La Privacy Policy principale è l’unico documento tracciabile (vale a dire che le versioni precedenti sono ancora disponibili on-line)⁵.

⁴ Si vedano, in particolare, l’ordinanza del Hong Kong Privacy Commissioner for Personal Data, Implementation of Personal Data (Privacy) Amendment Ordinance, emessa in data 26/9/2012, e la lettera del Privacy Commissioner of Canada, Letter to the CNIL regarding its review of Google’s recently revised privacy policy, 11/10/2012. Negli USA le iniziative più importanti sono state assunte dal febbraio 2012, dal Trans Atlantic Consumer Dialogue (una coalizione di organizzazioni di consumatori leader in Nord America e in Europa) e dalla Electronic Frontier Foundation, che hanno chiesto a Google Inc. di sospendere il piano di modifica dei termini della privacy per gli utenti dei servizi di Google.

⁵ Il Gruppo di lavoro Article 29 Data Protection Working Group ha rilevato che più di sessanta privacy policy precedenti sono state unificate nella Privacy Policy principale, ma non sono più disponibili e che Google non è riuscito a fornire l’elenco di queste privacy policy. Il Gruppo di lavoro ha individuato tre tipi di soggetti cui i dati si riferiscono, che utilizzano i servizi di Google: i) utenti autenticati (si pensi ai servizi



Inoltre, alcuni utenti passivi, cioè coloro che interagiscono con i servizi di Google, ricevendo segnalazioni o pubblicità da terzi utenti di Google, non ricevono alcuna informativa.

A tale proposito, le Autorità europee hanno chiesto a Google di fornire un'informativa più chiara e più completa: circa le raccolte e le finalità di ciascun trattamento dei dati personali. Ad esempio, le Autorità europee hanno raccomandato la creazione di una presentazione con tre livelli di informazioni di dettaglio, tali da garantire il rispetto dei requisiti della Direttiva 95/46/CE senza degradare l'esperienza dell'utente. L'ergonomia di lettura delle norme potrebbe essere aumentata anche attraverso presentazioni interattive.

4. L'Article 29 Data Protection Working Group ha puntualizzato che le risposte fornite da Google non hanno dimostrato che l'azienda ottemperi ai principi-chiave della disciplina comunitaria: limitazione delle finalità, qualità dei dati, minimizzazione delle raccolte, proporzionalità e diritto di rettifica. Infatti, la privacy policy è carente di chiari limiti all'ambito di raccolta ed alle possibilità di utilizzo dei dati personali. Con le regole attuali, l'utente di un servizio di Google non sarebbe in grado di determinare i dati personali trattati per questo servizio e le finalità esatte per cui vengono trattati questi dati⁶. Ad esempio, la nuova Privacy Policy non fa differenza di trattamento tra una ricerca di

Gmail, Google Play, ecc.); ii) utenti non-autenticati (Search, Maps, Youtube, ecc.), utenti passivi (DoubleClick, Google Analytics, ecc): risulta evidente la violazione del principio di limitata finalità.

⁶ Google ha risposto, nel Comunicato dell'amministratore delegato L. Page, del 16/10/2012, che molte delle sue pratiche relative alla privacy non differiscono dalle privacy policy adottate da altre società statunitensi fornitrici di servizi in Internet: come altre società di Internet, come Facebook e Microsoft, Google raccoglie dati personali, come il sesso e l'età degli utenti e delle loro storie di navigazione Web, al fine di adeguare i servizi a singoli utenti e anche per vendere annunci pubblicitari. Google ha sostenuto di raccogliere i dati in conformità con il diritto europeo sulla privacy, solo se gli utenti hanno optato per i suoi servizi e quindi per accettato la Privacy Policy. Ma è facile notare che è un requisito per utilizzare ciascuno dei servizi cliccare sul pulsante "Accetto" prima di utilizzare il servizio per la prima volta, da quando la nuova Policy è entrata in vigore. L'unica opzione offerta da Google agli utenti è accettare la nuova Policy o cancellare il proprio profilo utente completo. La CNIL ha raccomandato che sia offerta la facoltà di rimanere con il profilo esistente segmentato. Gli analisti economici prevedono che l'impatto sul business di Google delle raccomandazioni delle Autorità per la protezione dei dati dipenderà dall'ottemperanza immediata o meno, ma anche dal fatto che i clienti siano disposti ad accettare la nuova Privacy Policy: maggiore sarà il numero di utenti che si avvalgono della facoltà di opt-out, minori i ricavi pubblicitari di Google. E. Pfanner - K. J. O'Brien, Europe Presses Google to Change Privacy Policy, in *The New York Times*, 17/10/2012, B1; S. Schechner - A. Efrati, EU Regulators: Google Has 3-4 Months to Change Privacy Practices, in *The Wall Street Journal*, 16/10/2012, 1.



contenuto banale ed un dato economico, come un numero di carta di credito o di utenza telefonica: tutti questi dati possono essere utilizzati in modo intercambiabile per tutte le finalità generiche espresse nella Privacy Policy.

Google non consente agli utenti di controllare la combinazione di dati tra i suoi numerosi servizi, che è stata notevolmente estesa in conseguenza dell'adozione della nuova Policy sulla privacy: in particolare tutte le attività on-line offerte da Google (l'uso dei suoi servizi, il suo sistema "Android" o la consultazione di siti di terze parti che utilizzano i servizi di Google) possono costituire la fonte per raccolte e combinazioni di dati personali.

L'indagine della CNIL ha posto in luce che questi trattamenti dei dati perseguono diverse finalità: talune più evidenti, quali la fornitura del servizio richiesto dal soggetto, la creazione di un account Google, la sicurezza, ma anche la pubblicità, lo sviluppo e l'offerta di nuovi prodotti. L'indagine ha anche mostrato che questa combinazione dei dati è molto ampia in termini di durata e conservazione dei dati storici. La normativa europea in materia di protezione dei dati richiede, invece, che il trattamento sia proporzionato e limitato agli obiettivi perseguiti e dichiarati nell'informativa⁷. Google dovrebbe cambiare la propria Policy quando i dati vengono combinati per questi scopi: rafforzare il consenso degli utenti per i casi di interconnessione dei dati ai fini del miglioramento del servizio, lo sviluppo di nuovi servizi, la pubblicità e l'analisi del traffico. Ciò potrebbe essere fatto, consentendo agli utenti di scegliere quando i loro dati vengono combinati, ad esempio, con i pulsanti dedicati sulle pagine di servizi (cfr. "Search, plus Your World"); fornendo agli utenti un controllo migliore sulla combinazione dei dati attraverso la centralizzazione e la semplificazione del diritto di opposizione (opt-out) e consentendo loro di scegliere per quali servizi i loro dati possano essere combinati; adattando gli strumenti utilizzati da Google per combinare i dati per limitare questa combinazione ai fini autorizzati, ad esempio distinguendo gli strumenti per la sicurezza quelli utilizzati per la pubblicità.

⁷ Questa posizione comunitaria è conforme al sistema di diritto dei consumatori, criterio di riferimento per l'interpretazione delle clausole generali di buona fede e correttezza e degli obblighi di informativa: provoca un'evidente standardizzazione verso il basso delle modalità di svolgimento delle trattative precontrattuali, che gradualmente spostano dal consumatore al fornitore gli oneri di ricerca e verifica delle informazioni, le conseguenze negative dello squilibrio di mezzi e tecnologie disponibili, la rilevanza del criterio della colpa nell'affidamento.

In conseguenza degli ancor più dettagliati obblighi d'informazione introdotti dalla Direttiva n. 2000/31/CE "sul commercio elettronico", del 8/6/2000, il fornitore dei servizi in Internet è stato gradualmente indotto all'adozione di prassi informative garantiste nei rapporti precontrattuali attraverso Internet.



5. Tutti i rilievi della CNIL sono stati comunicati a Google, perché modifichi la propria Privacy Policy, mediante la lettera firmata individualmente da 27 Autorità europee per la protezione dei dati: un'iniziativa significativa di mobilitazione unanime delle Autorità europee⁸.

A Google viene raccomandato di dare agli utenti un maggiore controllo sui dati personali raccolti dal motore di ricerca e dagli altri servizi. La CNIL ha comunicato sul sito istituzionale di prevedere "tre o quattro mesi" perché Google apporti le modifiche raccomandate. La posizione comune delle Authority del 16/10/2012 non pone un termine per conformare la Privacy Policy alle raccomandazioni. Si chiede espressamente che Google attui l'art. 5, comma 3, della Direttiva 2002/58/CE, che estenda a tutti i Paesi europei il processo progettato per "Google Analytics" in Germania, che invii una risposta alla CNIL indicando come in quanto tempo modificherà la Privacy Policy e le prassi⁹.

⁸ Molte di queste raccomandazioni sono espressamente sostenute da parte delle Autorità degli Stati membri dell'APPA, Asia-Pacific Privacy Authorities forum, e dal Privacy Commissioner of Canada, che ha espresso preoccupazioni simili riguardo la Privacy Policy di Google e la relativa adozione senza previa consultazione delle Autorità garanti. L'Italia ha assunto da anni un ruolo propositivo nel dibattito internazionale, affermando l'opportunità di una Costituzione per i diritti della persona in Internet, un "Internet Bill of Rights" (un'interessante proposta di "Digital Bill of Rights" è stata presentata al Personal Democracy Forum, il 12/6/2012, redatta dal membro della U.S. House of Representative D. Issa e dal senatore R. Wyden). Nell'ultimo biennio, il governo ha in parte affievolito questa linea, assumendo iniziative legislative di tipo censorio. Si consideri anche la discussa sentenza "Google - Vividown" del Tribunale di Milano, sezione IV Penale, del 24/2/2010, la cui motivazione non tiene pienamente conto della natura della Rete. Il Garante italiano ha aderito alla procedura condivisa dell'Article 29 Data Protection Working Group, evidenziando che Google tratta i dati di milioni di utenti nel mondo, i quali non sempre sono consapevoli dell'uso che viene fatto delle loro informazioni personali. Per questo è indispensabile che operi in modo corretto e nel rispetto dei diritti fondamentali, così come riconosciuti dall'Unione europea. L'azione coordinata delle Autorità europee svolta nei confronti di Google rappresenta in questo senso un messaggio importante ai grandi della Rete, affinché accettino la sfida di una nuova policy più responsabile e attenta alla dignità delle persone: A. Soro, Comunicato, 16 ottobre 2012.

⁹ L'art. 5, comma 3 della Direttiva 2002/58/CE (come emendato dalla Direttiva 2009/136/CE) prevede ora il principio dell'"opt-in", per cui i siti Internet devono chiedere il consenso espresso da parte degli utenti prima di installare cookie che consentano a terzi di tracciare la loro attività di navigazione. Per quanto riguarda le forme di espressione del consenso, dato l'impatto che il consenso espresso e preventivo può avere sui fornitori di servizi online, si attendono linee guida del Garante. Come evidenziato da G. Finocchiaro, Behavioural Advertising, le società europee scelgono l'autoregolamentazione, in *Diritto&Internet*, 2/5/2011, iniziative importanti sono assunte dalle società stesse, in forma di autodisciplina. Si veda IAB Europe, Self-Regulatory Framework for Online Behavioural Advertising, del 14/4/2011.



Google ha comunicato che sta esaminando la lettera e la relazione di accompagnamento, ma di ritenere che la nuova Privacy Policy rispetti il diritto dell'Unione Europea, essendo anzi foriera di una semplificazione dei suoi servizi e di benefici per gli utenti perché sarebbe in grado di personalizzare i risultati di ricerca e la pubblicità (P. Fleischer, Comunicato del 16/10/2012).

E' il caso di precisare che il modello di tutela adottato dall'Unione Europea sottrae i dati personali all'appropriazione ed alla negoziazione di mercato, creando il doppio requisito del consenso informato e della vigilanza dell'organismo pubblico Garante per la protezione dei dati personali. Questo meccanismo è stato un carattere fondamentale della tutela comunitaria, sin dall'adozione della Direttiva "madre" 95/46/CE, evidentemente finalizzato a sottrarre il flusso dei dati a casi di "negoziazione del consenso". La prassi di Internet e del commercio elettronico è infatti caratterizzata da numerose forme di raccolta dei dati personali del consumatore - palesi come la richiesta di compilazione di form o di ordini per beni e servizi oppure occulte come i cookies - il monitoraggio delle connessioni ai siti per la determinazione dei profili di consumo e per l'invio di messaggi pubblicitari personalizzati¹⁰. Il legislatore ha dovuto dunque considerare i rilievi critici che investono i limiti pratici dell'efficacia del consenso: si pensi alla necessità di fornire informazioni, anche riservate, al

¹⁰ Sul punto si veda N. Lipari, *Diritto fondamentale e categorie civilistiche*, in *Riv. Civ.*, 1996, 425, ove si esamina la tendenza a fare riferimento a tecniche di tutela ed all'individuazione di autorità competenti, anziché ai contenuti dei diritti; P. Stanzione - S. Sica, *La nuova disciplina della privacy*, Zanichelli, 2004; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, 169; T. Redman, *Data Driven: Profiting from Your Most Important Business Asset*, Harvard Business School Press, 2008; si consenta anche il rinvio a F. Maschio (a cura di), *Il diritto della Nuova Economia*, Cedam, 2002, 340 ss. La libertà e l'integrità della volontà manifestata sono valori assolutamente prevalenti rispetto alle istanze di efficienza del traffico commerciale: così D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1998, 349; G. Grisi, *La frontiera telematica della contrattazione a distanza*, in *Europa Dir. Priv.*, 1998, 879; S. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. Dir. Civ.*, n. 6, 2001, 621. S. Sica - P. Stanzione (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002; S. Sica, *La "riforma" della privacy ed il nuovo sistema di informativa e consenso: ben più di una modifica applicativa*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 4, 2002, 537; ID., *Commento agli artt. 1-10 del Codice privacy*, in S. Sica - P. Stanzione (a cura di), *La Nuova disciplina della privacy*, Torino, 2004; A. Nicita - R. Pardolesi - M. Rizzoli, *Le opzioni nel mercato delle regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, no. 2 2006; S. Sica., *La disciplina della pubblicità commerciale*, in P. Stanzione - G. Sciancalepore (a cura di), *Il Codice del consumo*, Ipsoa Editore, 2007; Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion n. 15/2011 "on the definition of consent"*, 01197/11/EN WP187, adottata il 13/7/2011.



fine di ottenere servizi o per operare a livello commerciale¹¹. Nei casi di “negoziato” del consenso, la disciplina comunitaria impone che si valuti il rapporto di forza fra le parti e si coordini la tutela della “parte debole” con la disciplina del diritto dei consumatori e del principio di correttezza nello svolgimento dei rapporti precontrattuali.

Come affermerebbe Gino Gorla, “la comparazione suscita idee e accende luci improvvise. Ad esempio, certi punti oscuri della nostra teoria del contratto si illuminano nella comparazione”¹². Così, esaminando con il metodo casistico la soluzione adottata per Google dalle Authority europee, si comprende lo spirito del sistema: qui non si tratta di teoria del contratto di civil law, né di common law. Si tratta del nuovo “sistema giuridico” dell’Unione Europea.

¹¹ Rilievi critici espressi in primo luogo da S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, il Mulino, 1995, 82; si veda anche A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2001; G. Alpa, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, 2006.

¹² G. Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Giuffrè, 1955, VI. Su taluni caratteri di questo sistema giuridico, si veda anche J. D. Wright, *Behavioral Law and Economics, Paternalism, and Consumer Contracts: An Empirical Perspective*, in *NYU J.L. & Liberty*, 2, 2006, 470; O. Bar-Gill – F. Ferrari, *Informing consumers about themselves*, in *Erasmus Law Review*, 3, 2010.