

LINEE GUIDA DEL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI IN MATERIA DI COOKIE E ALTRI STRUMENTI DI TRACCIAMENTO

di Luca Tufarelli e Giulia Maria Amato

Conclusa la fase di consultazione pubblica, con Provvedimento del 10 giugno 2021 [doc. web n. 9677876] il Garante per la Protezione dei Dati Personali (di seguito “Garante” o “Autorità”) ha adottato le “Linee Guida in materia di cookie e altri strumenti di tracciamento”.

Di seguito si riporta una sintesi delle Linee guida per evidenziare alcune delle novità più significative rispetto agli orientamenti espressi nel tempo dall’Autorità e in linea con le più recenti indicazioni fornite dal Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (European Data Protection Board – “EDPB”) in materia di consenso.

1. MODALITÀ DI ACQUISIZIONE DEL CONSENSO

1.1 SULL’UTILIZZO DELLO SCROLLING E DEL COOKIE WALL

Le Linee guida ribadiscono che la classificazione più in linea con la *ratio* della normativa vigente è quella tra “cookie tecnici”, che corrispondono alla definizione fornita dall’art. 122, co. 1, del D.lgs. n. 196/2003 (“Codice Privacy”)¹, e “cookie di profilazione”² che, a differenza dei primi, possono essere installati sul dispositivo dell’utente previo consenso di quest’ultimo.

Analogamente, gli altri strumenti di tracciamento si classificano come “tecnici” e “non tecnici” e solo per questi ultimi si ritiene necessario acquisire il consenso dell’utente che naviga sul web.

Con riferimento alle modalità di acquisizione del consenso, il Garante torna ad analizzare il meccanismo di “scrolling”. Diversamente da quanto affermato nel Provvedimento dell’8 maggio

¹ Si definiscono “tecnici” i cookie utilizzati al solo fine di “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”.

² Le Linee Guida definiscono “di profilazione” i cookie “utilizzati per ricondurre a soggetti determinati, identificati o identificabili, specifiche azioni o schemi comportamentali ricorrenti nell’uso delle funzionalità offerte (pattern) al fine del raggruppamento dei diversi profili all’interno di cluster omogenei di diversa ampiezza, in modo che sia possibile al titolare, tra l’altro, anche modulare la fornitura del servizio in modo sempre più personalizzato al di là di quanto strettamente necessario all’erogazione del servizio, nonché inviare messaggi pubblicitari mirati, cioè in linea con le preferenze manifestate dall’utente nell’ambito della navigazione in rete”.

2014³, il Garante si allinea alla posizione espressa dall'EDPB⁴ secondo cui tale meccanismo non è mai idoneo, di per sé, ad esprimere il consenso alla installazione dei cookies diversi da quelli tecnici o di altri strumenti di tracciamento.

Lo *scrolling*, al più, può essere impiegato come componente di un più articolato processo che consenta comunque all'utente di segnalare al titolare del sito una scelta inequivoca e consapevole, che sia al tempo stesso registrabile e documentabile.

L'Autorità chiarisce, inoltre, che è illecito anche l'utilizzo del c.d. *cookie wall*, ossia il meccanismo vincolante nel quale l'utente - secondo la logica "*take it or leave it*" - viene obbligato senza alternativa ad esprimere il proprio consenso alla ricezione di cookie, pena l'impossibilità di accedere al sito. Tale meccanismo, infatti, mina al requisito della "libertà" del consenso, salvo che il titolare del sito offra all'interessato la possibilità di accedere ad un contenuto o a un servizio equivalenti senza prestare il proprio consenso all'installazione dei marcatori.

1.2 SULLE MODALITÀ DI CONFIGURAZIONE DEL BANNER PER LA RICHIESTA DI CONSENSO

Il rispetto dei principi posti dal GDPR impone che, per impostazione predefinita, al momento del primo accesso dell'utente a un sito web non venga posizionato alcun cookie o altro strumento diverso da quelli tecnici all'interno del suo dispositivo. A tal fine, l'utente che intende mantenere tale impostazione di default dovrebbe poter proseguire nella navigazione senza esprimere alcun consenso in merito alla installazione dei cookie.

Secondo le Linee guida tale obiettivo viene raggiunto dando all'utente la possibilità di chiudere il banner cliccando semplicemente sulla "X" posizionata in alto a destra, senza essere costretto ad accedere ad altre aree o pagine a ciò appositamente dedicate.

➤ **Contenuti del banner**

Il banner dovrà contenere, oltre alla "X" in alto a destra, almeno le seguenti indicazioni ed opzioni:

- i) **l'avviso** che la chiusura del banner mediante selezione dalla "X" in alto a destra comporta il permanere delle impostazioni di default e dunque la continuazione della navigazione in assenza di cookie o altri strumenti di tracciamento diversi da quelli tecnici;
- ii) **l'informativa minima** con cui rendere noto all'utente:
 - che il sito utilizza cookie o altri strumenti tecnici;
 - che il sito potrà, previa acquisizione del consenso dell'utente, utilizzare anche cookie di profilazione o altri strumenti di tracciamento al fine di i) inviare messaggi pubblicitari ovvero ii) di modulare la fornitura del servizio in modo personalizzato in linea con le preferenze manifestate dall'utente stesso e/o iii) allo scopo di effettuare analisi e monitoraggio dei comportamenti dei visitatori;
 - le modalità con cui potrà essere prestato il consenso;
- iii) **il link alla privacy policy** estesa posizionata in un *second layer* accessibile con un solo click, anche tramite un ulteriore link posizionato nel *footer* di qualsiasi pagina del dominio cui l'utente accede;
- iv) un **comando** attraverso il quale sia possibile **accettare** il posizionamento di **tutti i cookie** o l'impiego di eventuali altri strumenti di tracciamento;

³ "Chiarimenti in merito all'attuazione della normativa in materia di cookie" – [doc web: 4006878].

⁴ Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679.

- v) il **link** ad una ulteriore area dedicata nella quale sia possibile selezionare, in **modo analitico**, soltanto le funzionalità, i soggetti cd. terze parti ed i cookie al cui utilizzo l'utente scelga di acconsentire, eventualmente raggruppati per categorie omogenee.

Ancora una volta viene ribadita la necessità che le possibili scelte granulari rimesse all'utente siano impostate secondo la **logica dell'opt-in**: le varie opzioni, quindi, devono essere inizialmente tutte preimpostate sul diniego all'installazione dei cookie, in modo che l'utente possa manifestare il consenso solo attraverso un'azione positiva.

➤ **Ulteriori indicazioni sull'elenco delle terze parti**

L'elenco delle terze parti deve essere tenuto costantemente aggiornato e deve contenere i singoli link ai rispettivi siti ovvero al sito web del soggetto intermediario che le rappresenti.

In caso di successive modifiche nel novero delle terze parti corrispondenti ai link posizionati nell'area dedicata alle scelte granulari, il gestore del sito deve provvedere alla loro accurata selezione, nonché assicurare che l'ingresso di tali soggetti ed il trattamento che ne discende sia effettivamente in linea con il raggruppamento per categorie omogenee mostrato all'utente.

➤ **Caratteristiche grafiche del banner**

- (i) Il comando "X" dovrà avere una evidenza grafica pari a quella degli ulteriori comandi o pulsanti idonei ad esprimere le altre scelte nella disponibilità dell'utente;
- (ii) il banner dovrà avere dimensioni sufficienti da costituire una percettibile discontinuità nella fruizione dei contenuti della pagina web che l'utente sta visitando;
- (iii) il banner, inoltre, deve contenere comandi e caratteri di uguali dimensioni, enfasi e colori, che siano ugualmente facili da visionare e utilizzare.

A tale riguardo, il Garante sottolinea l'importanza di avviare nelle sedi più opportune e tra tutti i soggetti interessati una riflessione circa la necessità dell'adozione di una codifica standardizzata relativa alla tipologia dei comandi, dei colori e delle funzioni da implementare all'interno dei siti web per conseguire la più ampia uniformità, a tutto vantaggio della trasparenza, della chiarezza e dunque anche della migliore conformità alle regole.

➤ **Gestione dei consensi degli utenti "autenticati"**

Le Linee guida precisano che i titolari del trattamento restano, in ogni caso, liberi di ricorrere a diverse modalità di raccolta del consenso con riferimento agli utenti che accedono ai servizi erogati online tramite sistemi di autenticazione. Per tali utenti, infatti, già dal momento della creazione dell'account, si realizza un naturale momento di discontinuità nella navigazione di cui il titolare può approfittare per sottoporre all'utente le opzioni circa l'impiego di cookie e degli altri strumenti di tracciamento.

A riguardo, tuttavia, si chiarisce che gli utenti c.d. "autenticati" devono essere informati, nella privacy policy, della possibilità che il titolare incroci i dati relativi al tracciamento della loro navigazione effettuata con lo stesso account su diversi *device* e che tale incrocio di dati costituisca un ulteriore trattamento per il quale è necessario richiedere uno specifico consenso dell'utente.

2. MODIFICA DELLE SCELTE EFFETTUATE DALL'UTENTE E REITERAZIONE DELLA RICHIESTA DI CONSENSO

Il Garante evidenzia la necessità che gli utenti siano posti anche in condizione di modificare in

ogni momento le scelte compiute in precedenza con la stessa semplicità, in maniera immediata e intuitiva.

A tal fine i “publisher” dovrebbero dedicare un’apposita area accessibile attraverso un link da posizionarsi nel *footer* del sito e contrassegnata dall’indicazione di “*rivedi le tue scelte sui cookie*” o analoga.

In ogni caso, le scelte negoziali compiute in occasione degli accessi successivi dovranno sovrascrivere e superare le precedenti.

In linea con gli obiettivi della emananda normativa in materia di *e-privacy*⁵, l’Autorità fornisce indicazioni anche in merito ai presupposti per la lecita reiterazione della richiesta di consenso, attraverso la riproposizione del banner, finalizzata a ridurre il fenomeno di “*cookie consent fatigue*” e rendere più fluida la navigazione degli utenti.

In generale, la reiterazione della richiesta di consenso è lecita quando:

- (i) mutino significativamente una o più condizioni del trattamento e dunque il banner assolva anche ad una specifica e necessaria finalità informativa proprio in ordine alle modifiche intervenute, come nel caso in cui mutino le “terze parti”;
- (ii) sia impossibile, per il gestore del sito web, avere contezza del fatto che un cookie sia stato già in precedenza memorizzato sul dispositivo per essere nuovamente trasmesso al sito che lo ha generato, in occasione di una successiva visita del medesimo utente⁶;
- (iii) siano trascorsi almeno 6 mesi dalla precedente presentazione del banner.

3. INDICAZIONI SULL’UTILIZZO DI COOKIE ANALYTICS

Specifici chiarimenti sono forniti con riferimento all’utilizzo dei “*cookies analytics*”. Secondo il Garante, questi ultimi possono intendersi come “*cookie tecnici*” (che non presuppongono il consenso) solo ove vengano adottate misure che precludano la possibilità di diretta individuazione dell’interessato (cd. *single out*), il che equivale impedire l’impiego di *cookie analytics* che, per le loro caratteristiche, possano risultare identificatori diretti ed univoci.

A tal fine

- la struttura del *cookie analytics* dovrà prevedere la possibilità che lo stesso cookie sia riferibile a più dispositivi, in modo da creare una ragionevole incertezza sull’identità informatica del soggetto che lo riceve, tramite il mascheramento di porzioni dell’indirizzo IP;
- l’uso dei *cookie analytics* dovrà essere limitato alla produzione di statistiche aggregate e in relazione ad un singolo sito o una sola applicazione *mobile*, in modo da non consentire il tracciamento della navigazione della persona che naviga su applicazioni e siti web diversi;
- i soggetti terzi che forniscono il servizio di *web measurement*, non dovranno combinare i dati, anche così minimizzati, con altre elaborazioni (file dei clienti o statistiche di visite ad altri siti, ad esempio) né trasmetterli a loro volta ad ulteriori terzi, tranne il caso in cui la produzione di statistiche da loro effettuata con i dati minimizzati interessi più domini, siti web o app riconducibili al medesimo *publisher* o gruppo imprenditoriale.

⁵ <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/02/10/confidentiality-of-electronic-communications-council-agrees-its-position-on-eprivacy-rules/>.

⁶ Ad esempio, nel caso in cui l’utente scelga di cancellare i cookie legittimamente installati nel proprio dispositivo senza che il titolare abbia modo di tenere traccia della volontà di proseguire la navigazione senza tracciamento.

In ogni caso, anche in assenza dell'adozione delle prescritte misure di minimizzazione, è ritenuto lecito il ricorso ad analisi statistiche relative a più domini, siti web o app riconducibili al medesimo titolare purché:

- si proceda in proprio all'elaborazione statistica e
- le analisi svolte non eccedano i limiti di un mero conteggio statistico, sfociando in elaborazioni volte all'assunzione di decisioni di natura commerciale.

4. L'INFORMATIVA DA RENDERE AGLI INTERESSATI

Con riferimento all'informativa da rendere agli interessati ai sensi degli artt. 12 e 13 del GDPR, il Garante sottolinea l'importanza, *in primis*, di fornire tutte le necessarie informazioni per l'esercizio dei diritti previsti dal Regolamento (artt. 15 e ss. GDPR).

Rispetto al modello da utilizzare, confermata l'utilità di un'informativa *multilayer* (ossia dislocata su più livelli), viene incoraggiato anche l'impiego di modalità c.d. "*multichannel*" che rendano più dinamico il contatto tra titolare e interessati sfruttando più canali resi disponibili dalla tecnologia (es. canali video, *pop-up* informativi, interazioni vocali, assistenti virtuali, contatti telefonici, *chatbot*, ecc.).

In ogni caso, in linea con il principio di *accountability*, la scelta sulla modalità più opportuna da utilizzare è rimessa al titolare, il quale deve tener conto, altresì, anche delle maggiori esigenze di accessibilità con riferimento ad utenti che a causa di disabilità necessitano di tecnologie assistive o di configurazioni particolari.

Allo scopo di semplificare i modelli di informativa privacy e l'adempimento dei correlati obblighi da parte dei titolari, il Garante ha stipulato un protocollo di intesa con il Capitolo Italiano di "*Creative Commons*" ("CC"), l'associazione internazionale *no profit* che ha elaborato il sistema di standardizzazione delle licenze per la fruizione di contenuti protetti dal diritto d'autore. L'obiettivo del protocollo è quello di studiare il contesto normativo italiano ed europeo al fine di valutare la possibilità di replicare il modello di CC per semplificare e standardizzare anche la gestione degli obblighi di informativa ai sensi del GDPR e consentire agli interessati di licenziare i propri dati *online* in base alle modalità prescelte⁷.

Infine, per garantire una maggiore trasparenza nei confronti degli utenti, l'Autorità sollecita i titolari a rendere manifesti i criteri di codifica utilizzati per la classificazione dei cookie e degli altri strumenti di tracciamento o, quantomeno, di fornire indicazioni a riguardo nella privacy policy, in modo che l'utente possa distinguere quelli tecnici dagli *analytics* o da quelli di profilazione. L'aspetto non è trascurabile, soprattutto in considerazione del valore che può assumere la *disclosure* di tali criteri nell'ambito delle attività istruttorie eventualmente condotte dall'Autorità, con l'auspicio di pervenire ad un sistema universalmente accettato di codifica semantica dei vari strumenti di tracciamento.

Il presente documento non ha carattere di esaustività ed ha finalità meramente informativa.

⁷ <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9684813>.