



IusTrend
il verso del diritto

Le nuove Linee Guida sui cookie

LUGLIO 2021



LaScala

SOCIETÀ TRA AVVOCATI

www.lascalaw.com - www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Padova | Ancona

SOMMARIO

IusTrend n.11/2021

Principi guida.....	3
Strumenti di tracciamento passivi.....	4
Strumenti di tracciamento e consenso.....	4
Come applicare i cookie.....	5
Quando applicare i cookie.....	6
Quali cookie applicare.....	7
Usabilità.....	8

DIRITTO DELL'IMPRESA | **PRIVACY** | 30 LUGLIO 2021

Le nuove Linee Guida sui cookie

Con provvedimento del 10 giugno 2021 (Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 163 del 9 luglio 2021), il Garante per la protezione dei dati personali ha pubblicato le “*Linee guida cookie e altri strumenti di tracciamento*” (di seguito, le **Linee Guida**) con relativa scheda di sintesi ([qui](#)) e FAQ ([qui](#))¹.

L'obiettivo è stato quello di aggiornare il precedente provvedimento della stessa Autorità² pur partendo e tenendo fermi gli approdi del parere del WP29 n. 04/2012 ([qui](#)) in materia di *Cookie Consent Exemption*, adottato il 7 giugno 2012, ed il *Working Document* del medesimo WP29 n. 02/2013 *providing guidance on obtaining consent for cookies* ([qui](#)), adottato il 2 ottobre 2013³.

Tenendo presente che gli operatori dovranno implementare le disposizioni delle Linee Guida entro 6 mesi dalla loro pubblicazione, vediamo in breve quali sono le novità e i punti che il Garante ha evidenziato per una piena compliance con i principi del GDPR⁴.

Principi guida

Il Regolamento ha rafforzato il potere dispositivo e di controllo del soggetto interessato esigendo da un lato esigendo che l'obiettivo della concreta ed efficace attuazione dei principi di protezione dati venga conseguito sin dalla progettazione e attraverso impostazioni predefinite (cd. *privacy by design* e *by default*), dall'altro ampliando la **definizione di consenso** contenuta nella precedente direttiva 95/46/CE chiarendo che la manifestazione di volontà dell'interessato al trattamento dei suoi dati personali deve essere, oltre che – come appunto già nel vigore della direttiva – libera, specifica ed informata, anche **inequivocabile**.

¹ L'iter è stato avviato con provvedimento del 26 novembre 2020 [[doc web 9498472](#)] (Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 307 dell'11 dicembre 2020) con cui il Garante per la protezione dei dati personali ha pubblicato una bozza delle “*Linee guida sull'utilizzo di cookie e di altri strumenti di tracciamento*” ([qui](#)) con relativa scheda di sintesi ([qui](#)) e ha avviato un periodo di consultazione pubblica volta ad acquisire osservazioni e proposte.

² Provvedimento n. 229, dell'8 maggio 2014, “Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie” [[doc web 3118884](#)] a cui sono seguite le *FAQ in materia di informativa e consenso per l'uso dei cookie* del 3 dicembre 2014 ([qui](#)) ed i “Chiarimenti in merito all'attuazione della normativa in materia di cookie” del 5 giugno 2015 ([qui](#)).

³ Il lavoro ovviamente tiene anche conto delle recenti *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679* adottate dall'EDPB il 4 maggio 2020 ([qui](#)).

⁴ Il quadro normativo va delineato anche comprendendo le disposizioni della direttiva 2002/58/CE (c.d. *direttiva ePrivacy*) e successive modifiche, come recepite nell'ordinamento nazionale all'art. 122 del Codice Privacy ([d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196](#)).

Strumenti di tracciamento passivi

Lo scorso 2 settembre 2020, l'EDPB ha pubblicato le *Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users (qui)* nelle quali ha svolto una disamina di tutti i sistemi di tracciamento esistenti sui siti che visitiamo e che vengono scaricati anche sui nostri device⁵.

Ispirandosi evidentemente anche a quel lavoro, il Garante ha “puntato il dito” sul c.d. *fingerprinting*, ossia quella tecnica che – a differenza dei cookie che possono essere rifiutati e successivamente rimossi dal proprio dispositivo – permette di identificare l'utente tramite la raccolta di tutte o alcune delle informazioni relative alla specifica configurazione del dispositivo da lui adottata. I dati raccolti con tale tecnica sono nella sola diretta disponibilità del titolare, e anzi l'interessato potrebbe addirittura non essere consapevole della sua profilazione. Qui è la differenza con le tecniche attive come i cookie nei quali, invece, il dato resta nella disponibilità dell'utente: nel *fingerprinting*, insomma, l'utente è impotente poiché «*non dispone di strumenti autonomamente azionabili, dovendo necessariamente far ricorso all'azione del titolare*» (§ 3 delle Linee Guida)⁶.

Considerata la natura e finalità tipica del *fingerprinting*, questo può essere utilizzato solo nel rispetto delle Linee Guida e quindi, come vedremo, con il consenso espresso dell'interessato.

Strumenti di tracciamento e consenso

Due fondamentali dimensioni di categorizzazione dei cookie sono il *tempo* e il *titolare* nel cui interesse sono proposti. In altri termini, i cookie possono essere divisi, per un verso, in **cookie di sessione o permanenti**, per altro verso, in **cookie di prima o terza parte**, a seconda che il publisher (il titolare del sito visitato) agisca per sé o per altri⁷.

Ciò detto, la legge, che ha come obiettivo di stabilire “ciò che non si può fare”, assume una diversa prospettiva e quindi una diversa classificazione dividendo i cookie⁸ (anche se non li menziona direttamente) in **cookie tecnici** e **cookie di profilazione**. I primi sempre legittimi anche senza il consenso dei soggetti interessati (ma ovviamente

⁵ Si tratta di un lungo e articolato resoconto delle tecnologie esistenti e delle implicazioni in termini di minaccia alle libertà e riservatezza degli utenti. Si rinvia per una sintesi del contenuto al mio *Marketing mirato sui social media: chi è responsabile del trattamento dati?*, in *lusTrend, Supplemento a lusLetter del 05/11/2020 (qui)*.

⁶ Altra tecnica passiva sono i *pixel*, strumenti che registrano le azioni (i click) compiute dall'utente. I pixel possono essere associati all'indirizzo IP di fatto consentendo il tracciamento di specifici comportamenti dell'utente.

⁷ Accanto a queste due tipologie di cookie, di origine potremmo dire funzionale e non legale, si possono collocare anche i *cookie analytics* (vedi in nota 8).

⁸ La legge non “parla” di cookie, ma di «*informazioni archiviate nell'apparecchio terminale di un contraente o di un utente*» e disciplina «*l'accesso a informazioni già archiviate*» (art. 122 Codice Privacy). Come si nota, il *fingerprinting* sfugge a questa disciplina specifica, ma non certo ai principi generali del GDPR.

assistiti da idonea informativa)⁹, i secondi utilizzabili solo con il consenso dei soggetti interessati.

I cookie tecnici sono quelli 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*» (art. 122, comma 1, del Codice Privacy).

I cookie di profilazione, invece, sono quelli «*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*» (§ 4 delle Linee Guida, enfasi aggiunta).

Alla luce di quanto precede, si possono quindi in via generale suddividere gli identificatori (di cui i cookie sono solo un sottoinsieme) in due macro-categorie: gli **identificatori tecnici**, che consentono di effettuare o migliorare le prestazioni di un servizio della società dell'informazione chiesto dall'utente o la sua esperienza della navigazione in rete, e gli **identificatori non tecnici**, categoria residuale rispetto alla prima nella quale rientrano tutti gli identificatori utilizzati per il perseguimento di uno scopo (tipicamente commerciale) del titolare.

Gli identificatori non tecnici possono essere utilizzati esclusivamente previa acquisizione del consenso dell'interessato (il richiamo è ancora una volta all'art. 122 del Codice Privacy)

In nessun caso, chiarisce il Garante nelle Linee Guida, è possibile invocare la scriminante del legittimo interesse del titolare in luogo del consenso dell'interessato per giustificare il ricorso agli identificatori non tecnici (§ 5).

Come applicare i cookie

L'art. 32 del GDPR dispone che riguardo, deve essere innanzitutto ricordato che, secondo il considerando 32 del Regolamento «Il consenso dovrebbe essere espresso mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta

⁹ Come insegna il provvedimento del Garante del maggio 2014 ([qui](#)), i cookie analytics – ovvero quelli che possono essere utilizzati, tra l'altro, per valutare l'efficacia di un servizio della società dell'informazione fornito da un publisher, per la progettazione di un sito web o per contribuire a misurarne il “traffico”, cioè il numero di visitatori anche eventualmente ripartiti per area geografica, fascia oraria della connessione o altre caratteristiche – possono considerarsi identificatori tecnici. Le Linee Guida, tuttavia, chiariscono che per tale qualifica occorre l'utilizzo di tali cookie avvenga accompagnato da misure di minimizzazione che impediscano la diretta individuazione dell'interessato (cd. *single out*). La struttura del cookie analytics dovrà allora prevedere la possibilità che lo stesso cookie sia riferibile non soltanto ad uno, bensì a più dispositivi, in modo da creare una ragionevole incertezza sull'identità informatica del soggetto che lo riceve. Di regola questo effetto si ottiene mascherando opportune porzioni dell'indirizzo IP all'interno del cookie.

l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano».

Alla luce di ciò, l'EDPB ha chiarito nel suo parere n. 5/2020 del 4 maggio 2020 ([qui](#)) che il semplice scrolling non è mai idoneo, di per sé, ad esprimere compiutamente la manifestazione di volontà dell'interessato volta ad accettare di ricevere il posizionamento all'interno del proprio terminale di cookie diversi da quelli tecnici e, dunque, non equivale, in sé considerato, al consenso «*in nessuna circostanza*». Tuttavia, le Linee Guida in commento, in ossequio al principio di *accountability*, non escludono che lo *scrolling*, in associazione con altro *pattern* idoneo, possa considerarsi una valida manifestazione di volontà dell'utente.

Ulteriori chiarimenti sono forniti nelle Linee Guida con riferimento al cc.dd. *cookie wall*, ovvero quel meccanismo di accettazione dei cookie di tipo "take it or leave it", nel quale cioè l'utente è obbligato, senza alternativa, ad esprimere il proprio consenso alla ricezione di cookie ovvero altri strumenti di tracciamento, pena l'impossibilità di accedere al sito. Tale meccanismo, non consente, a parere del Garante, di qualificare l'eventuale consenso così ottenuto come «libero» (art. 4, punto 11, GDPR)¹⁰.

Va tuttavia osservato che il concetto di libertà del consenso sembra già assumere i connotati di *consenso non discriminatorio* (il titolare, cioè, non deve chiedere il consenso se in situazione analoga non lo chiede) o *non gratuito*¹¹.

Quando applicare i cookie

Riproporre i banner dei cookie ad ogni nuovo accesso dell'utente al medesimo sito non trova ragione negli obblighi di legge. Anzi, tale continua e ridondante richiesta di consenso, laddove l'utente l'abbia in precedenza negato, appare suscettibile di ledere la sua libertà inducendolo a prestarlo pur di non essere vessato.

Pertanto, nel caso in cui l'utente mantenga le impostazioni di default e dunque non acconsenta all'impiego di cookie o altri strumenti di tracciamento, così come nel caso in cui abbia acconsentito solo all'impiego di alcuni cookie o altri strumenti di tracciamento, tale scelta dovrà essere debitamente registrata e la prestazione del consenso non più nuovamente sollecitata se non quando:

- mutino significativamente una o più condizioni del trattamento (es.: mutino le "terze parti");

¹⁰ Il concetto di libertà applicata al consenso è stato oggetto di evoluzione passando da assenza completa di condizionalità a possibilità di ottenerlo come controprestazione del servizio offerto. A tale riguardo rinvio al mio contributo su *questa Rivista*, *Il prezzo del consenso*, in commento a Cass. 17278/2018 ([qui](#)), e *In California i dati personali sono fonte di reddito. L'oro del futuro*, in commento alla nuova legge californiana sulla mercificazione dei dati personali ([qui](#)).

- cancellazione dei cookie da parte dell'utente o comunque impossibilità da parte del gestore di accedervi per qualunque motivo;
- quando siano trascorsi almeno **6 mesi** dalla precedente presentazione del banner.

In questo ultimo caso si tratta di una regola introdotta dal Garante con le Linee Guida in commento dettata dalla libera interpretazione del GDPR.

Quali cookie applicare

In un'ottica di minimizzazione, il titolare deve garantire che, per impostazione predefinita¹², siano trattati solo i dati personali necessari in relazione a ciascuna specifica finalità del trattamento e che, in particolare, la quantità dei dati raccolti e la durata della loro conservazione non eccedano il minimo necessario per il conseguimento delle finalità perseguite.

In tale prospettiva, al momento del primo accesso dell'utente a un sito web, nessun cookie o altro strumento diverso da quelli tecnici può essere posizionato all'interno del dispositivo, né può essere utilizzata alcuna altra tecnica attiva o passiva di tracciamento.

A tale riguardo il Garante nelle Linee Guida propone un particolare modello: nella prima pagina di accesso al sito web l'utente potrebbe *«visualizzare immediatamente un'area o banner le cui dimensioni siano, al tempo stesso, sufficienti da costituire una percettibile discontinuità nella fruizione dei contenuti della pagina web che sta visitando»*.

Ebbene, qualora l'utente sceglie di mantenere le impostazioni di default, e dunque di non prestare il proprio consenso al posizionamento dei cookie o all'impiego di altre tecniche di tracciamento, *«dovrebbe dunque limitarsi a chiudere il banner mediante selezione dell'apposito comando usualmente utilizzato a tale scopo, cioè quello contraddistinto da una X posizionata di regola, e secondo prassi consolidata, in alto a destra e all'interno del banner medesimo, senza essere costretto ad accedere ad altre aree o pagine a ciò appositamente dedicate»*¹³.

¹² Cfr. CGUE, causa C-673/17 Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände–Verbraucherzentrale Bundesverband eV / Planet49 GmbH - 1 ottobre 2019 ([qui](#)), dove sono riportate le modalità corrette di presentazione di un banner cookie e di raccolta del consenso ed sancito che *«il consenso espresso mediante una casella di spunta preselezionata non implica un comportamento attivo da parte dell'utente di un sito Internet»*.

¹³ Le Linee Guida specificano inoltre che il banner in questione dovrebbe contenere almeno le seguenti opzioni/indicazioni: (i) la chiusura del banner comporta il permanere delle impostazioni di default (solo cookie tecnici); (ii) informativa minima sui cookie tecnici (se esistenti) e possibilità di attivare strumenti di tracciamento e profilazione; (iii) link all'informativa estesa; (iv) comando di selezione di tutti i cookie; (v) link a pagina per selezionare in modo analitico i cookie o strumenti di tracciamento e profilazione nonché gli strumenti di terze parti (eventualmente raggruppati per categorie omogenee). scopo. Gli utenti, naturalmente, dovranno essere posti in condizione di modificare le scelte compiute sia in termini negativi che in termini positivi e dunque prestando un consenso negato o revocando un consenso prestato ad esempio attraverso un link da posizionarsi nel footer del sito e che ne renda esplicita la funzionalità attraverso l'indicazione di "rivedi le tue scelte sui cookie" o analoga.

Usabilità

Il Garante è conscio che la gestione dei cookie da parte dell'utente può essere una grande seccatura. Nelle Linee Guida suggerisce l'adozione di una buona prassi dei gestori consistente nel *«posizionamento in ciascuna pagina del dominio, eventualmente pure accanto al link all'area dedicata alle scelte, di un segno grafico, una icona o altro accorgimento tecnico che indichi, anche in modo essenziale, lo stato dei consensi in precedenza resi dall'utente consentendone, dunque, in ogni momento l'eventuale modifica o aggiornamento»*.

