

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 26/01/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32936-pubblicit-comportamentale-on-line-il-surf-tra-normativa-ue-e-non-ue>

Autore: Marcoccio Gloria

Pubblicità comportamentale on line: il surf tra normativa UE e non UE



Pubblicità comportamentale on line: il surf tra normativa UE e non UE

G. Marcoccio, Gennaio 2012

La pubblicità comportamentale *on line* (“*On line Behavioural Advertising*”: OBA) ossia la pubblicità basata sull’analisi del comportamento delle persone che accedono ad internet e più in generale utilizzano le comunicazioni elettroniche ed i servizi della società dell’informazione, assume un’importanza strategica per le aziende che promuovono i loro prodotti e servizi sulla rete in un contesto di mercato sempre più globalizzato. Le dimensioni del fenomeno sono davvero notevoli e destinate a crescere ed essere più capillari e precise grazie anche ai mezzi di rilevazione che la tecnologia delle comunicazioni elettroniche mette a disposizione degli operatori del settore. In tale contesto ed in particolare nella Comunità Europea, una essenziale fonte normativa è rappresentata dalla direttiva [2009/136/CE](#)¹. Questa direttiva del 2009 modifica la direttiva [2002/58/CE](#)² in particolare nel comma 3 dell’articolo 5³ dove chiaramente si vincola al previo consenso informato l’inserimento ed utilizzo di informazioni nel terminale (computer, *mobile phone*,...) dell’interessato (escluso i casi riconducibili ad esigenze tecniche o esplicite richieste dell’utente/abbonato). In termini concreti la prescrizione riguarda anche i *cookies*, piccoli frammenti di codice, che una volta installati nel terminale dell’interessato, sono in grado di rilevare dati (quali ad esempio le pagine web visitate) che consentono di tracciare e desumere gli interessi di un utente di internet.

Da evidenziare che la direttiva 2009/136/CE, nonostante il termine del 25 maggio 2011 posto per il suo recepimento, non è stata completamente recepita nella maggioranza dei paesi EU: a tal proposito è infatti notizia recente che la Commissione Europea ha inviato a 16 (dei 27) paesi membri UE un apposito richiamo (*‘reasoned opinion’*).

La prescrizione sul previo consenso informato ha già di per se notevoli impatti nel settore del *marketing* e del *business on line*: un eventuale recepimento non armonico a livello nazionale nei paesi membri UE⁴ potrebbe essere ulteriore fonte di criticità (come è già stato ampiamente sperimentato con il recepimento della originaria direttiva europea sulla privacy 95/46/CE). A rendere più complesso il quadro normativo OBA a livello globale (che è poi lo scenario internet reale di riferimento) è la contrapposizione tra l’approccio di matrice europea con il previo consenso, comunemente definito come *opt in*, e quello denominato *opt out* (l’interessato in un momento qualunque può ritirare il suo consenso che per default è considerato concesso) che rappresenta il generale riferimento prescrittivo nella normativa di ispirazione americana.

¹ Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell’esecuzione della normativa a tutela dei consumatori

² DIRETTIVA 2002/58/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche)

³ Il testo del comma 3 art. 5 della direttiva 2002/58/CE come modificato dalla direttiva 2009/136/CE (il testo aggiunto è evidenziato in grassetto mentre le parole cancellate sono evidenziate con il barrato): “*Gli Stati membri assicurano che l’uso di reti di comunicazione elettronica per archiviare l’archiviazione di informazioni e per avere oppure l’accesso a informazioni già archiviate nell’apparecchiatura terminale di un abbonato o di un utente sia consentito unicamente a condizione che l’abbonato o l’utente in questione abbia espresso preliminarmente il proprio consenso, dopo essere sia stato informato in modo chiaro e completo, a norma della direttiva 95/46/CE, tra l’altro sugli scopi del trattamento e che gli sia offerta la possibilità di rifiutare tale trattamento da parte del titolare del trattamento. Ciò non vieta l’eventuale archiviazione tecnica o l’accesso al solo fine di effettuare e facilitare la trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica, o nella misura strettamente necessaria al fornire di e fornire un servizio della società dell’informazione esplicitamente richiesto dall’abbonato o dall’utente a erogare tale servizio*”.

⁴ Più precisamente nei paesi EEA ossia aderenti allo Spazio Economico Europeo, che annovera oltre ai 27 stati membri UE anche Islanda, Liechtenstein e Norvegia



A livello europeo sembra comunque ormai prevalere il previo consenso informato quale fondamentale presupposto per la legalità di gran parte dei trattamenti dati: in tal senso risulta essere indirizzata anche la imminente revisione della storica direttiva sulla privacy 95/46/CE.

Nel frattempo alcune imprese del settore della pubblicità *on line*, anche a seguito di esplicito invito ricevuto da parte del WP 29⁵ con il "[Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale online](#)", hanno prodotto un codice di autocondotta basato sull'utilizzo di un apposito sito [web](#), con il duplice scopo di dare informative agli interessati e raccogliere il loro eventuale rifiuto (approccio *opt out*) all'installazione di *cookies* sui loro terminali, finalizzati alla pubblicità comportamentale *on line*.

Ma il WP 29 ha recentemente e definitivamente espresso una opinione⁶ in massima parte contraria a tale iniziativa, soprattutto per l'approccio *opt out* adottato per il consenso informato, per il quale invece il WP 29 ribadisce la strada dell'*opt in*, come delineato dalla direttiva 2009/136/CE.

Sebbene il WP 29 non sia un organo regolatore UE, è comunque evidente che una sua così forte presa di posizione non possa essere lasciata cadere nel vuoto dagli operatori della pubblicità *on line*.

Seppur nella complessità e nella sostenuta contrapposizione di ragioni ed interessi diversi riguardo l'istituto del consenso in ambito OBA, una ragionevole soluzione dovrà comunque concretizzarsi, magari osservando gli interventi e le posizioni scelte già in altri paesi non UE, meritevoli di attenzione per l'ampia esperienza in ambito privacy ed il numero di interessati. In tal senso il recentissimo intervento dell'Autorità garante privacy canadese rappresenta, ad una prima lettura, un' interessante indicazione da tenere presente. L'approccio delle linee guida canadesi "[Privacy and Online Behavioural Advertising](#)" mostra infatti una concreta attenzione per la tutela degli interessati ed al contempo una forte consapevolezza dall'importanza del ruolo giocato da OBA per il *business* in generale.

Volendo fare un confronto con il contesto normativo UE, certamente un'indubbia base di vantaggio per le linee guida canadesi è rappresentata dalla generale ammissibilità dell'approccio *opt out* nelle normative privacy americano-canadesi (l'*opt in* è richiesto solo per particolari casi di trattamento dei dati). Ma la contrapposizione *opt in* – *opt out* in sede europea rischia di essere non solo improduttiva ma addirittura dannosa per il mercato *on line*, senza poi considerare che, per gli utenti di internet, i reali vantaggi derivanti da un rigido approccio *opt in* sono tutti da valutare su un terreno pratico e non solo puramente teorico e di principio.

Certamente *opt in* ed *opt out* possono essere visti come gli estremi bianco - nero di una gamma infinita di gradazioni di grigio tra le quali trovare una o più soluzioni di concreto bilanciamento tra le opposte filosofie ed esigenze degli attori coinvolti, che devono confrontarsi con un scenario di mercato di portata globale e non solo regionale europeo.

In tal senso potrebbe essere immaginato uno strumento di regolazione EU specifico e non più basato sull'approccio direttiva, che necessita di recepimento nei sistemi legislativi europei e come tale porta quasi inevitabilmente a regole disomogenee tra le nazioni europee. È questa ad esempio la direzione che risulta essere già stata intrapresa per la imminente revisione della normativa privacy europea: non più un Direttiva bensì un Regolamento europeo, che come tale, una volta terminato il suo iter di approvazione UE, sarà direttamente applicabile in tutti i paesi membri.

Un'altra via potrebbe essere una specifica linea guida, condivisa totalmente tra i garanti privacy europei e da questi poi resa prescrizione applicabile nei singoli contesti nazionali con appositi provvedimenti generali.

⁵ WP 29: il Gruppo di lavoro è stato istituito in virtù dell'articolo 29 della direttiva 95/46/CE. È l'organo consultivo indipendente dell'UE per la protezione dei dati personali e della vita privata. I suoi compiti sono fissati all'articolo 30 della direttiva 95/46/CE e all'articolo 15 della direttiva 2002/58/CE.

⁶ WP 29: Opinion 16/2011 on EASA/IAB Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising, adepote on 08 December 2011



In ogni caso ciò che andrebbe ricercato per il settore OBA nel contesto normativo UE è il superamento della rigida contrapposizione *opt in – opt out*, magari individuando un set di presupposti e garanzie che, in determinate condizioni, ammettano l'equivalenza del previo consenso informato all'approccio *opt out*. Ad esempio in Italia questo è già accaduto e proprio nel settore del *marketing*, verso le persone presenti negli elenchi degli abbonati ai servizi telefonici: è stato predisposto un registro delle opposizioni, gestito da un ente della pubblica amministrazione, al quale l'abbonato può iscriversi per registrare la sua opposizione a ricevere pubblicità commerciale via telefono o posta cartacea⁷.

In sintesi, i presupposti e le garanzie individuate nella linea guida del garante privacy canadese sono in sintesi:

- Un informativa chiara e comprensibile, lo scopo del trattamento non deve essere “nascosto” all'interno di una complessa privacy policy (come spesso accade in molti siti internet)
- Gli interessati ricevono l'informazione sulla finalità del trattamento all'atto o prima dell'inizio della raccolta dei loro dati (tramite *cookie* o mezzo equivalente) e tale informativa deve chiarire quali sono i vari attori che prendono parte all'operazione OBA (*content providers, service providers,...*)
- L'*opt out* deve avere effetto in modo immediato e persistente
- I dati raccolti per le finalità OBA sono limitati a quanto strettamente necessario e non devono contenere dati sensibili, quali ad esempio i dati relativi alla salute
- I dati così raccolti sono distrutti al più presto possibile o resi realmente anonimi.

Una riflessione da parte dei legislatori europei su questa tipologia di approccio al consenso per finalità OBA, accompagnato da una efficace campagna informativa ed una seria attività di controlli nonché applicazione di adeguate sanzioni da parte delle autorità competenti, potrebbe ben contribuire a realizzare, anche per il consenso in ambito europeo, una base praticabile e certamente più accettabile da tutte le parti in gioco, interessati compresi.

⁷ Vedasi nel D.Lgs 196/03 quanto riportato nell'Art. 129. “Elenchi di abbonati” e nei commi 3-bis e 3-ter dell' Art. 130.” Comunicazioni indesiderate”, nonché il sito: <http://www.registrodelleopposizioni.it>