

Il convegno del 26 ottobre 2016 si inserisce nel Progetto Nazionale dei C.D.E Italiani dal titolo “Un Mercato Unico Digitale per l’Europa” promosso dalla Rappresentanza in Italia della Commissione Europea.

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

NUMERO SPECIALE 2017

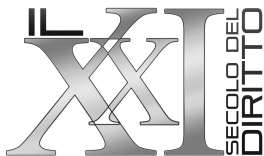
IL MERCATO UNICO DIGITALE

A CURA DI GIANLUCA CONTALDI

UNIVERSITÀ DI MACERATA — 26 OTTOBRE 2016

ATTI DEL CONVEGNO





© Copyright 2017 “NEU-Nuova Editrice Universitaria”
Via Colonnello Tommaso Masala, 42 - 00148 Roma
e-mail: nuovaeditriceunivers@libero.it
web: www.nuovaeditriceuniversitaria.it

Finito di stampare nel mese di dicembre 2017
dalla Infocarcere s.c.r.l.
Via C.T. Masala, 42 - 00148 Roma

Nessuna parte di questa opera può essere riprodotta in qualsiasi forma senza
l'autorizzazione scritta della “NEU-Nuova Editrice Universitaria”

ISBN: 978-88-95155-71-5

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

NUMERO SPECIALE 2017

IL MERCATO UNICO DIGITALE

SOMMARIO

| | |
|--|-----|
| ALBERTO GAMBINO <i>Dignità umana e mercato digitale</i> | 7 |
| ERMANN0 CALZOLAIO <i>Il Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali: spunti introduttivi e profili problematici</i> | 19 |
| SIMONE CALZOLAIO <i>Privacy by design. Principi, dinamiche, ambizioni del nuovo Reg. UE 2016/679</i> | 29 |
| MARCO BOLOGNESE <i>La tutela dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679</i> | 61 |
| FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI <i>La giurisdizione nelle controversie relative alle attività on-line</i> | 89 |
| FIAMMETTA BORGIA <i>Profili critici in materia di trasferimento dei dati personali verso i Paesi extra-europei</i> | 129 |
| CRISTINA GRIECO <i>L'attuazione in Italia del diritto all'oblio</i> | 161 |

LAURA MARCHEGIANI

*Le licenze multiterritoriali per l'uso online di opere musicali
nella disciplina comunitaria della gestione collettiva dei diritti
d'autore: profili concorrenziali* 189

MARCO CAPONE

*Nuovi media, vecchi problemi: il giornalismo nell'era dei
social network* 221

Il Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali: spunti introduttivi e profili problematici

Sommario: 1. Premessa – 2. La nozione di dato personale – 3. Dalla tutela riparatoria alla tutela preventiva – 4. L’ambito di applicazione territoriale – 5. Le effettive prospettive di armonizzazione della materia

1. Premessa

Il presente contributo intende raccogliere alcune brevi considerazioni sul nuovo Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali, aventi carattere di semplice introduzione agli ampi saggi di seguito pubblicati, allo scopo di porre in luce l’interesse della nuova disciplina e di fornirne una iniziale chiave di lettura.

Entrato in vigore il 24 maggio 2016 e destinato a trovare applicazione diretta in tutti gli Stati membri dal 25 maggio 2018, il Regolamento UE 2016/679 interviene in materia di “tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati”, abrogando espressamente (art. 94) la direttiva n. 95/46/CE, che era stata emanata allo scopo di rendere equivalente in tutti gli Stati membri il livello di tutela dei diritti e delle libertà delle persone riguardo al trattamento dei dati personali, attraverso il ravvicinamento delle legislazioni nazionali¹.

¹ CGUE, 24 novembre 2011, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito, Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo c. Administración del Estado*, cause riunite C-468/10 e 469/10, in specie par. 28.

Il modello alla base della direttiva si è prestato ad essere definito come facente perno sul binomio “circolazione e (vs) protezione” dei dati². Infatti, il legislatore europeo del ‘95 muoveva dalla considerazione della inevitabilità del fenomeno della circolazione dei dati personali, identificando però una serie di contrappesi volti a tutelare la persona rispetto ad un loro uso distorto. A tal fine, il principio-guida della direttiva è che il trattamento dei dati personali può essere effettuato solo quando la persona interessata ha manifestato il proprio consenso in maniera inequivocabile oppure quando il trattamento è necessario per dare esecuzione a un contratto concluso con l’interessato, o per adempiere un obbligo giuridico da parte del titolare del trattamento, o per salvaguardare un interesse essenziale della persona interessata, o per svolgere una funzione di pubblico interesse, o, infine, per perseguire l’interesse legittimo del titolare del trattamento (art. 7 dir. N. 95/46/CE)³. Il consenso deve essere preceduto da idonea informativa concernente finalità, modalità e limiti del trattamento dei dati personali.

Il sistema di tutela previsto dalla direttiva 95/46/CE emerge da una serie di disposizioni che obbligano gli Stati membri a garantire ad ogni persona interessata il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la conferma dell’esistenza o meno di trattamenti di dati che la riguardano e delle informazioni sulla loro origine, nonché il diritto di rettifica o cancellazione degli stessi, ove il loro trattamento non è conforme alle disposizioni della direttiva, il diritto ad opporsi a decisioni individuali automatizzate, ad usi per finalità di *marketing*. In caso di violazione del diritto alla protezione dei dati a carattere personale, la direttiva impone agli Stati membri di apprestare mezzi di ricorso e sanzioni appropriate ed efficaci (artt. 22-24). Mette conto rammentare che la protezione dei

² Così S. Sica, *Verso l’unificazione del diritto europeo alla tutela dei dati personali?*, in S. Sica-V. D’Antonio-G. M. Riccio, *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016, pp. 1 ss..

³ Cfr. M. Fumagalli Meraviglia, *Le nuove normative europee sulla protezione dei dati personali*, in *Dir. Com. Sc. Int.*, 2016, pp. 1 ss..

dati di carattere personale trova un ulteriore e importante fondamento normativo nella Carta dei diritti fondamentali, in specie all'art. 8, ove appunto si sancisce che: "Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 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 persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente".

Il nuovo Regolamento, pur confermando l'impostazione seguita dalla direttiva e perseguendo l'obiettivo di una piena tutela dei dati personali, introduce alcune significative novità, anche tenendo conto del contributo offerto dalla Corte di giustizia rispetto ad alcune criticità emerse nel corso degli anni. Ne emerge un testo normativo particolarmente complesso e articolato, su cui sarebbe impossibile soffermarsi in questa sede anche solo per offrirne una descrizione sintetica. Si concentrerà dunque l'attenzione su tre profili che appaiono particolarmente significativi, per poi svolgere, in conclusione, alcune considerazioni sulla scelta del legislatore europeo di intervenire con un Regolamento e sulle prospettive di una effettiva armonizzazione dei diritti degli Stati membri in questa materia.

2. La nozione di dato personale

Un primo profilo attiene alla nozione di dato personale. Per l'art. 2 della direttiva è dato personale "qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile («persona interessata»); si considera identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale".

L'art. 4 del Regolamento definisce ora il dato personale come “qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale”.

Con questa nuova definizione, come è stato evidenziato, l'idea di protezione del dato personale risulta essere piuttosto generica, ma tale da ricomprendere tutti i dati, anche quelli pseudonimi, che possano condurre all'identificazione di una persona fisica a seguito di combinazioni con altre informazioni⁴.

3. Dalla tutela riparatoria alla tutela preventiva

Un secondo profilo attiene alla natura del sistema di tutele. Nello spirito della direttiva le tutele avevano essenzialmente carattere riparatorio. Il regolamento, invece, accoglie ora una impostazione fondata su una tutela preventiva. Il legislatore sembra così prendere atto che la “logica del consenso” si rivela insufficiente a fronte dell'evoluzione incessante del settore tecnologico, che consente un'invasione sempre più accentuata nella sfera privata delle persone. Basti pensare all'analisi ed elaborazione di dati relativi a utenti o clienti al fine di suddividere l'utenza in gruppi omogenei di comportamento (c.d. profilazione), all'insieme di metodologie che consentono l'estrazione e l'utilizzo di una conoscenza a partire da grandi quantità di dati attraverso metodi automatici o semi-automatici (c.d. *data mining*), alla sorveglianza delle attività di una persona attraverso l'uso di dati quali gli acquisti con car-

⁴ S. Sica, *Verso l'unificazione ecc.*, cit., p. 5.

ta di credito, le chiamate telefoniche ecc. (c.d. *data veillance*)⁵.

Del resto, è proprio su questi aspetti che la giurisprudenza della Corte di giustizia, nel vigore della direttiva 95/46 CE, ha fornito un contributo decisivo nell'ottica di una attuazione effettiva della protezione dei dati personali, in particolare affermando la prevalenza dei diritti della personalità rispetto agli interessi economici degli operatori⁶.

Il Regolamento ricorre quindi a strumenti della valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali e della protezione fin dalla progettazione (*privacy by design*) e per impostazione predefinita (*privacy by default*)⁷, muovendosi nella direzione di implementare meccanismi che consentano di anticipare la tutela ad un momento anteriore al trattamento dei dati personali, che fa leva su una serie di obblighi a carico dei titolari in sede di progettazione dei prodotti e dei servizi. L'obbligo di effettuare la valutazione di impatto grava sul titolare in via generale ogni qual volta il trattamento "può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche" (art. 35 Reg.).

In quest'ottica, assume particolare rilievo la novità costituita dalla creazione della figura del responsabile della protezione dei dati (artt. 37-39), destinata ad assumere un ruolo centrale nella disciplina per i compiti e le responsabilità, dai contorni per vero molto ampi, che gli sono affidati dal Regolamento.

4. L'ambito di applicazione territoriale

Un terzo profilo di interesse della nuova disciplina è costituito dal suo ambito di applicazione territoriale. L'art. 3 stabilisce la regola ge-

⁵ M. G. Stanzione, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Europa dir. priv.*, 2016, pp. 1249 ss..

⁶ CGUE, 13 maggio 2014, *Google Spain SL/Google Inc, Agencia espanola de Proteccion de Datos, Mario Costeja Gonzales*, C-131/12.

⁷ M. G. Stanzione, *Genesis ed ambito di applicazione*, in S. Sica-V. D'Antonio-G. M. Riccio, op. cit., p. 21.

nerale secondo cui le nuove regole trovano applicazione al trattamento di dati personali “effettuato nell’ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell’Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell’Unione”, ovvero al trattamento che venga effettuato da un titolare stabilito in un luogo soggetto al diritto di uno Stato membro in applicazione delle regole di diritto internazionale privato.

Già la giurisprudenza della Corte di giustizia aveva dato un contributo importante, in particolare con la sentenza *Schrems*, nella quale aveva affermato l’incompatibilità con la direttiva della presunzione di adeguatezza di tutela in favore degli operatori statunitensi che si fossero impegnati in modo esplicito al rispetto di regole generali (*Safe Harbour Privacy Principles*), poi recepite nella decisione della Commissione 2000/520, che potevano essere però derogati dalle organizzazioni statunitensi autocertificate che ricevevano dati personali dal territorio dell’Unione Europea laddove interferissero con esigenze di sicurezza nazionale, interesse pubblico o amministrazione della giustizia statunitensi. La Corte ha ritenuto inaccettabile la compressione dei diritti fondamentali dei soggetti interessati⁸.

Con il Regolamento, si fa spazio una significativa evoluzione della nozione di stabilimento, secondo un approccio orientato ai destinatari del servizio, sicché le nuove norme possono trovare applicazione anche quando il titolare del trattamento non è stabilito nel territorio dell’Unione. I nuovi criteri in presenza dei quali si applica il Regolamento sono l’offerta di beni o la prestazione di servizi a persone interessate nell’Unione e il monitoraggio del comportamento di tali soggetti che avviene all’interno dell’Unione. A ciò si accompagna l’obbligo, previsto in capo al titolare o al responsabile del trattamento, di designare un rappresentante nell’Unione, con la funzione di interlocutore delle

⁸ CGUE, 6 ottobre 2015, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*, C-362/14. In argomento cfr. *amplius* S. Sica-V. D’Antonio, *I Safe Harbour Privacy Principles: genesi, contenuti, criticità*, in *Dir. inf.*, 2015, p. 803.

autorità di controllo e degli interessati sulle questioni relative al trattamento (art. 27 Reg.).

Per tal via, si giunge quindi ad una applicazione potenzialmente “universale” del Regolamento, in linea con il dichiarato obiettivo perseguito dal legislatore europeo “di assicurare un livello coerente ed elevato di protezione delle persone fisiche e rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati personali all’interno dell’Unione” (considerando n. 10 del Regolamento)⁹.

5. Le effettive prospettive di armonizzazione della materia

Così delineato un quadro sommario di alcuni tra i principali profili innovativi del Regolamento, appare utile svolgere, in conclusione, qualche considerazione su un aspetto di carattere più generale, relativo allo strumento che il legislatore europeo ha adottato per intervenire nella materia.

Invece di una nuova direttiva, si è fatto ricorso ad un regolamento, che, come è noto, è un atto avente “portata generale”, “obbligatorio in tutti i suoi elementi” e “direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri”, mentre la direttiva “vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi” (art. 288 TFUE).

La ragione di questa scelta sembra essere in qualche modo esplicitata in uno dei tanti (ben 173) considerando¹⁰: la direttiva 95/46/CE “non ha impedito la frammentazione dell’applicazione della protezione dei

⁹ Cfr. ancora M. G. Stanzone, *Il regolamento europeo ecc.*, cit., p. 1252.

¹⁰ Per un’ampia trattazione della prassi del legislatore europeo di ampliare, a volte in modo incontrollato, il numero e il contenuto dei “considerando” all’inizio di ogni testo normativo, nonché per una ricostruzione del loro valore a fini interpretativi, cfr. T. Klimas-J. Vaiciukaite, *The Law of Recitals in European Community Law*, in *Journal of Int. Comp. Law*, 2008, pp. 61 ss..

dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche" (considerando n. 9). Pertanto, le differenze che si riscontrano nelle discipline adottate dagli Stati membri in sede di attuazione della direttiva, possono "costituire un freno all'esercizio delle attività economiche su scala dell'Unione, falsare la concorrenza e impedire alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione" (ivi). Da ciò si intende che il legislatore europeo è voluto intervenire con una normativa unitaria, come tale idonea ad eliminare le divergenze di disciplina.

Senonché, basta leggere il considerando successivo per avvedersi che, in realtà, sono ampi gli spazi volutamente lasciati all'autonomia degli Stati membri, che godono di un "margine di manovra" per precisare le norme contenute nel Regolamento. Scorrendo il testo normativo vero e proprio, si incontrano in effetti numerose ipotesi in cui gli Stati possono introdurre discipline diverse: l'art. 8 consente agli Stati di fissare l'età del minore (che deve dare il consenso) in misura inferiore rispetto a quella di sedici anni prevista come regola generale (con il limite di tredici anni); l'art. 9 autorizza gli Stati membri a "mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute"; l'art. 23 consente agli Stati membri di limitare per via legislativa la portata degli obblighi e dei diritti previsti dalla sezione seconda e che attengono la raccolta delle informazioni, la rettifica e la cancellazione, la portabilità dei dati, e via di seguito, ogni qual volta lo Stato intenda salvaguardare non solo la sicurezza nazionale, la difesa e la sicurezza pubblica, ma anche aspetti dai contorni molto più sfumati, quali la salvaguardia dell'indipendenza della magistratura, l'esecuzione delle azioni civili o, ancor più genericamente, la tutela dell'interessato o dei diritti e delle libertà altrui; l'art. 80 prevede che gli Stati membri possono prevedere che un organismo rappresentativo degli interessati sia autorizza-

to a proporre reclami all'autorità di controllo anche senza specifico mandato; l'art. 84 demanda agli Stati membri l'emanazione di norme volte a stabilire ulteriori sanzioni (che possono quindi divergere da Stato a Stato); l'art. 85 prevede che sia assicurata da ciascuno Stato membro l'armonizzazione tra le norme e i principi del Regolamento e "il diritto alla libertà d'espressione e di informazione, incluso il trattamento a scopi giornalistici o di espressione accademica, artistica o letteraria"; l'art. 87 consente agli Stati membri di "precisare ulteriormente le condizioni specifiche per il trattamento di un numero di identificazione nazionale o di qualsiasi altro mezzo d'identificazione d'uso generale"; l'art. 88 consente l'adozione di norme più specifiche per il trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro "in particolare per finalità di assunzione, esecuzione del contratto di lavoro, compreso l'adempimento degli obblighi stabiliti dalla legge o da contratti collettivi, di gestione, pianificazione e organizzazione del lavoro, parità e diversità sul posto di lavoro, salute e sicurezza sul lavoro, protezione della proprietà del datore di lavoro o del cliente e ai fini dell'esercizio e del godimento, individuale o collettivo, dei diritti e dei vantaggi connessi al lavoro, nonché per finalità di cessazione del rapporto di lavoro"; l'art. 90 consente di estendere la portata degli obblighi di segretezza.

Questa pur rapida ed incompleta rassegna mostra con chiarezza quanto, in realtà, l'obiettivo di unificazione che si è inteso perseguire attraverso l'adozione di un Regolamento è destinato a scontarsi con una varietà di discipline negli Stati membri rispetto a profili centrali della materia. Il Regolamento, per vero, prevede degli strumenti al fine di implementare la cooperazione a livello istituzionale fra le Autorità di controllo nazionali (artt. 55 ss.). In proposito, assume rilievo il "meccanismo di coerenza" (art. 63) ed il ruolo assegnato al Comitato europeo per la protezione dei dati (artt. 68 ss.). Tuttavia, ciò non esclude che ci si potrà trovare in presenza di un conflitto fra gli indirizzi del Comitato e la normativa adottata dagli Stati sulla base dei "margini di manovra"

rimessi dal Regolamento alla loro autonomia normativa, in precedenza sommariamente descritti.

Si tratta di una nuova frontiera del processo di armonizzazione normativa ed interpretativa del diritto europeo della protezione e sicurezza dei dati personali, nella prospettiva dell'unità politica, economica e giuridica del *digital single market* europeo.

Il passaggio tra un'unificazione a livello legislativo e una reale armonizzazione potrà realizzarsi solo attraverso il contributo attivo e fattivo a livello legislativo, giurisprudenziale e applicativo, senza il quale è agevole prevedere il permanere, e forse il moltiplicarsi, di diversi livelli di tutela del cittadino europeo ai fini della protezione dei suoi dati personali¹¹.

¹¹ Sul significato e sulla rilevanza della cittadinanza europea, quale paradigma concettuale idoneo a sviluppare una nozione autentica di diritto europeo comune, cfr. gli ampi contributi di L. Moccia, *Dalla comparazione alla integrazione giuridica: la via della cittadinanza europea*, in *La cittadinanza europea*, 2015, pp. 5 ss.; nonché *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, pp. 767 ss., ora raccolti, insieme ad altri saggi, in L. Moccia, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, 2016, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.