



IAIC



DGBIC



CREDA

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,
Giorgio Resta, Salvatore Sica

21 aprile 2022

Treatment of personal data: the guarantor forbids
the publicity “personalized” based on legitimate interest

Angelo Napoli

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Fernando Bocchini, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi,
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini,
Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni,
Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso, Luca Nivarra,
Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini

E

Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,
Maria Páz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue



Nuova
Editrice
Universitaria

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

Comitato dei Valutazione Scientifica

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), LUCIANA D'ACUNTO (Un. Federico II), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), GILBERTO NAVA (Un. Europea di Roma), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

Norme di autodisciplina

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.
2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

Comitato di Redazione – www.dimt.it – dimt@unier.it

ANTONINA ASTONE, MARCO BASSINI, CHANTAL BOMPRESZI, VALENTINA DI GREGORIO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FERNANDA FAINI, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MARIA PIA PIGNALOSA, MATILDE RATTI, ANDREA STAZI (Coordinatore)

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.30838355, fax 06.30704833, www.iaic.it, info@iaic.it

**TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI:
IL GARANTE VIETA LA PUBBLICITÀ “PERSONALIZZATA”
BASATA SUL LEGITTIMO INTERESSE**

Angelo Napoli
Università degli studi di Salerno

SOMMARIO: 1. La vicenda – 2. Il consenso informato quale parametro di liceità del trattamento dei dati personali: disciplina giuridica – 3. La ripartizione dei poteri tra le autorità all’interno del nuovo quadro normativo europeo – 4. Il provvedimento del Garante Privacy e rilievi conclusivi

ABSTRACT: *Con il provvedimento n. 248 del 7 luglio 2022, il Garante Privacy ha dichiarato illegittimo il cambiamento di policy proposto dal social “TikTok” in ordine al trattamento dei dati personali degli utenti. Più di precipuo, l’Autorità, per mezzo del provvedimento de quo, ha avvertito l’anzidetta società che la decisione di mutare la base giuridica per la raccolta dei dati, passando dal consenso informato al legittimo interesse, al fine di proporre un nuovo regime di pubblicità “personalizzata”, non risulta conforme alla disciplina europea prevista per la tutela dei dati delle persone fisiche e neppure supportata da adeguata motivazione. Conseguentemente, la siffatta modifica della politica aziendale rischierebbe di ledere gli interessi di tutti gli utenti e, in particolar modo, di quelli di minore età.*

La pronuncia de qua rappresenta un utile spunto per analizzare le norme che regolano il consenso informato e il legittimo interesse, intesi quali basi giuridiche che, pur rispondendo ad esigenze differenti, garantiscono, all’esito di un attento bilanciamento degli interessi in gioco da parte del titolare del trattamento, la liceità del trattamento dei dati personali.

ABSTRACT: *The Italian Data Protection Authority, with the order n. 248 of July 7, 2022, declared the change of policy proposed by the social network “TikTok”, regarding the processing of users’ personal data, to be unlawful. More specifically, the Authority warned the aforementioned company that its decision to change the legal basis for data collection,*

passing from informed consent to legitimate interest, in order to propose a new "personalized" advertising pattern, is not compliant with the European regulations for the protection of individuals' data and is not even supported by adequate justification. Consequently, such a change in the company's policy would risk harming the interests of all users and, especially, those of minor age.

This ruling is a useful starting point for the analysis of the norms that regulate informed consent and legitimate interest, which can be considered as the legal framework that, once the data controller has balanced the interests involved, can guarantee the lawfulness of the personal data processing.

1. La vicenda

Nel mese di giugno 2022 il social network “TikTok” informava gli utenti che, a partire dal 13 luglio dell’anno corrente, sarebbe stata attuata una modifica della *policy* in ordine al trattamento dei dati personali degli internauti stessi. Più precisamente, la società comunicava *“l’intenzione di avviare un’attività di fornitura di pubblicità personalizzata agli utenti dai 18 anni in su, consistente nel mostrare a questi annunci personalizzati in base all’attività degli stessi sull’app di TikTok”*¹.

A tal fine, l’app avrebbe imposto come base giuridica per la raccolta dei dati personali per il fine precipuo anzidetto i legittimi interessi dell’impresa e non invece il consenso informato dei singoli interessati.

Sulla base di tali premesse, l’Authority avviava un’istruttoria, volta ad indagare in ordine all’effettiva base giuridica che avrebbe legittimato l’attività pubblicitaria programmata dalla società, nonché a verificare le eventuali misure che la stessa avrebbe adottato per tutelare gli utenti, in particolare minorenni².

¹ Provvedimento del Garante Privacy n. 248 del 7 luglio 2022.

² Nello specifico, l’Ufficio chiedeva di poter conoscere:

- “la base giuridica legittimante l’attività di profilazione e le motivazioni sottostanti la sua scelta;

Il 30 giugno 2022, “TikTok” rispondeva alla richiesta del Garante. Nello specifico, il social network deduceva anzitutto di trattare una doppia tipologia di dati, ovverosia quelli raccolti direttamente dall’attività degli utenti sulla piattaforma social e quelli scaturenti dall’attività dell’*user* esterna all’app, ottenuti per mezzo del lavoro di terzi operanti nel settore pubblicitario. La società affermava, peraltro, che la base giuridica legittimante l’attività di trattamento dei dati degli utenti fosse stata sempre quella del consenso informato, ma che a partire dal 13 luglio 2022 sarebbe diventata quella del legittimo interesse della medesima allo svolgimento dell’attività pubblicitaria in programma, seppur esclusivamente per gli internauti maggiorenni³, dichiarando di aver proceduto ad effettuare un adeguato bilanciamento dei contrapposti interessi⁴.

Tanto premesso, prima di analizzare con più attenzione il provvedimento del Garante, è d’uopo procedere con l’esame degli istituti del consenso informato e del legittimo interesse che, seppur ugualmente idonei a rendere legittimo il trattamento dei dati personali, rispondono ad esigenze differenti e richiedono, quindi, un ponderato bilanciamento allorquando si trovino ad interagire con altri interessi in gioco.

-
- nel caso in cui questa fosse stata rinvenuta nel “legittimo interesse”, le valutazioni svolte dalla Società in relazione al c.d. triplice test così come enucleato dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea nella sentenza C 13/16 *Rīgas satiksme*;
 - se fosse stata effettuata una valutazione di impatto preliminare, ai sensi dell’art. 35 del GDPR e, in caso affermativo, di ricevere una copia della stessa;
 - le misure adottate al fine di verificare la maggior età anagrafica dell’utente i cui dati verranno trattati per finalità di pubblicità profilata, tenuto peraltro conto delle difficoltà, sino ad oggi irrisolte, nell’identificazione dei minori di anni 13 e 14 (limite d’età italiano ex art. 8, par. 1, secondo capoverso, del Regolamento)”.

³ A tal proposito, TikTok spiegava come avrebbe perseguito l’obiettivo di tutela dei minori, sulla base di una preventiva analisi di impatto.

⁴ Più di precipuo, la società affermava che il bilanciamento era giustificato per i seguenti motivi:

- “il trattamento è chiaramente spiegato agli utenti;
- È improbabile che il trattamento abbia un impatto negativo sugli utenti o causi loro un danno;
- Gli utenti di età inferiore ai 18 anni sono esclusi dal trattamento;
- TikTok facilita l’esercizio dei diritti degli interessati attraverso diverse funzioni e impostazioni della piattaforma.”

2. Il consenso informato quale parametro di liceità del trattamento dei dati personali: disciplina giuridica

Il Regolamento Europeo 2016/679⁵ si propone l'obiettivo di garantire da un lato la libera circolazione dei dati personali, sia nel territorio UE che al di fuori di questo, e dall'altro la contrapposta esigenza di tutela delle persone fisiche, *rectius* dei dati personali⁶. Sicché, per il perseguimento di tali obiettivi, il GDPR estende il concetto di dato personale e predispone una precisa disciplina del consenso affinché lo stesso risulti adeguatamente informato, garantendo, conseguentemente, un elevato *standard* di tutela dei cittadini europei⁷.

In merito a quest'ultimo aspetto, l'art. 4 del GDPR definisce il “consenso dell'interessato”⁸ come “qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento”⁹.

Orbene, sulla base di siffatta definizione, può dirsi che, affinché il consenso possa valere come base giuridica idonea a legittimare la raccolta dei dati personali, esso deve essere:

- liberamente prestato, ovvero corrispondere ad una scelta genuina ed incondizionata dell'interessato;
- specifico, ovvero deve essere raccolto per precise finalità del trattamento;
- informato, ovvero che la persona fisica deve essere portata a conoscenza di una serie di informazioni, quali ad esempio la tipologia di dati raccolti, le finalità del trattamento, l'indicazione del titolare del trattamento ecc...;
- inequivocabile, ovvero chiarezza dell'atto con cui si concede il trattamento dei propri dati.

⁵ General Data Protection Regulation n. 679 del 2016 (nel prosieguo “GDPR”).

⁶ Si veda A.M. GAMBINO, A. STAZI, D. MULA, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, terza edizione, Torino, 2019.

⁷ Si veda S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Milano, 2016

⁸ A tal proposito, si veda I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo (GDPR) e analisi comportamentale. Iniziali spunti di riflessione*, in *Diritto Mercato Tecnologia* (A.M. GAMBINO), 2017.

⁹ Art. 4, punto 11, GDPR.

Dunque, ai sensi dell'art. 6 del GDPR, il consenso assurge, in generale, a condizione di liceità della raccolta dei dati personali. Ciò non toglie che in una serie di ipotesi tassativamente previste dall'articolo *de quo*, il trattamento dei dati è legittimo anche senza il consenso espresso dell'interessato¹⁰.

A tanto si aggiunga che la disposizione citata detta altresì le linee guida sui criteri che devono necessariamente sussistere affinché vi possa essere una corretta gestione dei dati personali, specificando, poi, al suo secondo comma, che “Gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni più specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento con riguardo al trattamento”.

Il successivo art. 7 regola, poi, le condizioni per il consenso, sia nella fase prodromica al prestito dello stesso, che in quella eventuale e successiva. Per quanto riguarda la prima fase, è necessario che l'interessato sia stato debitamente informato in merito alle modalità di trattamento e che il consenso possieda tutti i requisiti previsti all'art. 6 pocanzi analizzato. L'utente, peraltro, deve essere informato sulla possibilità di esercitare la revoca del consenso, strumento meramente eventuale finalizzato, anch'esso, alla tutela effettiva dei dati personali dell'interessato¹¹.

Non può, poi, sottacersi che l'art. 8 introduce una serie di condizioni, più stringenti, applicabili al consenso dei minori, soggetti deboli nei confronti

¹⁰ Le altre condizioni di liceità del trattamento dei dati personali, indicate nell'art. 6, paragrafo 1, del GDPR, sono:

- a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità;
- b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso;
- c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento;
- d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica;
- e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;
- f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore.

¹¹ In merito alle modalità della revoca, il contenuto dell'art. 7 resta ampio, affermando esclusivamente che “il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato”.

dei quali è necessario approntare strumenti di tutela ulteriori in relazione ai servizi della società dell'informazione.

In particolare, affinché al consenso del minore possa essere attribuita valenza legittimante, è necessario anzitutto che lo stesso abbia compiuto almeno 16 anni; diversamente, per procedersi al trattamento dei suoi dati personali, deve essere necessariamente domandata e ottenuta l'autorizzazione -o il consenso- del genitore.

Resta salva la facoltà degli Stati membri di prevedere un limite inferiore di età. Invero, a tal ultimo proposito non va sottaciuto che, nell'ordinamento italiano, l'art. 2-*quinqüies* del d.lgs. n. 196 del 2003 ("Codice Privacy") ha abbassato la soglia prevista dal legislatore unionale, fissando a 14 anni il limite minimo di età per prestare personalmente e validamente il consenso al trattamento dei dati personali, sicché unicamente al di sotto di tale soglia, diviene essenziale l'intervento genitoriale¹².

Da ultimo, è opportuno far menzione dell'art. 9 del GDPR. Esso individua alcune peculiari categorie di dati per i quali è posto un divieto di trattamento, fatte salve le deroghe e le condizioni di cui ai paragrafi 2, 3 e 4 del medesimo articolo. Più di precipuo, l'articolo in commento, al paragrafo 1, dispone che "è vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona".

In conclusione, può dirsi che *la ratio* della disciplina del consenso appena analizzata è quella di tutela della riservatezza, quest'ultima intesa non nella sua accezione negativa, ossia come potere del cittadino di escludere gli altri dalla propria sfera privata, ma quale potere positivo del singolo di gestire e controllare i propri dati, attribuendogli la possibilità di scegliere se cederli e

¹² Per un approfondimento sul tema, si veda I.A. CAGGIANO, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del regolamento Ue 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, in *Famiglia*, 2018, pp. 3 ss.; V. FRANCESHELLI, E. TOSI, *Privacy Digitale*, in *Diritto delle nuove tecnologie*, Milano, 2019; L. SACCHETTI, *Privacy: nodi e scioglimenti con particolare riferimento alla tutela dei minori*, in *Fam. E dir.*, 1998, pp. 289 ss.; G. SPOTO, *Disciplina del consenso e tutela del minore*, in *La nuova disciplina europea della privacy*, 2019, pp. 111 ss.;

come cederli, e concedendogli un'apposita tutela in caso di lesione subita a causa di un illecito trattamento dei dati che lo riguardano. E proprio in merito a tale ultimo aspetto, l'art. 82 del GDPR consente al soggetto che abbia subito un danno materiale o immateriale a causa di una violazione delle norme europee, la possibilità di agire contro il titolare o il responsabile del trattamento al fine di ottenere il risarcimento del danno patito¹³.

3. Il legittimo interesse

Come già a più riprese rilevato, il consenso non rappresenta l'unica base giuridica per un lecito trattamento dei dati personali. Invero, l'art. 6 del GDPR elenca ulteriori indici di liceità del trattamento, tra i quali la necessità dello stesso per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi¹⁴.

Orbene, il Regolamento ammette la raccolta ed il trattamento di dati personali anche senza il preventivo consenso dell'interessato; tuttavia, è necessario a tal uopo che sussista un legittimo interesse del titolare o di soggetti

¹³ A tal proposito, si veda S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Milano, 2019, quinta edizione; il testo esplica in maniera esaustiva un ampio insieme di diritti che il GDPR attribuisce al cittadino, intesi quali piena espressione del principio di autodeterminazione informativa. I diritti in questione sono:

- il diritto di accesso (art. 15), che “consiste nella facoltà per l'interessato di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e, in tal caso, di esercitare l'accesso a tali dati personali e alle specifiche informazioni riguardanti i trattamenti”;
- Il diritto alla portabilità (art. 20), “che garantisce all'interessato la possibilità di ricevere in un formato di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano e di trasferire e trasmettere tali dati a un altro titolare senza ostacoli da parte di chi li ha forniti”;
- Il diritto alla rettifica o all'integrazione dei dati personali inesatti e incompleti che lo riguardano (art. 16)
- Il diritto all'oblio (art. 17), ovvero alla cancellazione dei propri dati personali o alla deindicizzazione, inteso come il potere di chiedere la “rimozione dagli indici di ricerca dei collegamenti alle pagine web che contengono dati personali trattati in maniera non conforme”;
- Il diritto di proporre reclamo alle autorità di controllo (art. 77).

¹⁴ Art. 6, lett. F, GDPR.

terzi e che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali¹⁵.

Più di precipuo, è richiesta al titolare del trattamento la verifica in ordine alla prevalenza dei suoi interessi su quelli dell'utente, nonché dei rischi correnti dai dati così trattati, e la dimostrazione che gli interessi in gioco, sulla scorta del principio di proporzionalità, siano stati adeguatamente bilanciati¹⁶.

¹⁵ I casi in cui è ammesso il trattamento di dati personali giustificati dal legittimo interesse sono previsti dal considerando n. 49 del GDPR, il quale dispone che “Costituisce legittimo interesse del titolare del trattamento interessato trattare dati personali relativi al traffico, in misura strettamente necessaria e proporzionata per garantire la sicurezza delle reti e dell'informazione, vale a dire la capacità di una rete o di un sistema d'informazione di resistere, a un dato livello di sicurezza, a eventi imprevisi o atti illeciti o dolosi che compromettano la disponibilità, l'autenticità, l'integrità e la riservatezza dei dati personali conservati o trasmessi e la sicurezza dei relativi servizi offerti o resi accessibili tramite tali reti e sistemi da autorità pubbliche, organismi di intervento in caso di emergenza informatica (CERT), gruppi di intervento per la sicurezza informatica in caso di incidente (CSIRT), fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica e fornitori di tecnologie e servizi di sicurezza. Ciò potrebbe, ad esempio, includere misure atte a impedire l'accesso non autorizzato a reti di comunicazioni elettroniche e la diffusione di codici maligni, e a porre termine agli attacchi da «blocco di servizio» e ai danni ai sistemi informatici e di comunicazione elettronica”.

¹⁶ A tal proposito, le Linee guida del WP 29, adottate con il parere n. 6/2014 del 9 aprile 2014, dettano le condizioni per una corretta attività di ponderazione degli interessi in gioco, al fine di usufruire del legittimo interesse come base giuridica per il trattamento dei dati personali. nello specifico, si legge che “Una corretta valutazione dell'articolo 6, lettera f), non è una semplice test comparativo consistente soltanto nel confrontare tra loro due “pesi” facilmente quantificabili e comparabili. Per eseguire il test occorre invece valutare appieno una serie di fattori affinché sia possibile garantire che gli interessi e i diritti fondamentali degli interessati siano tenuti nella debita considerazione. Al tempo stesso, il test comparativo è adattabile, può variare da semplice a complesso e non deve risultare indebitamente gravoso. Tra i fattori di cui tenere conto nell'esecuzione del test comparativo figurano:

- la natura e l'origine dell'interesse legittimo nonché l'eventualità che il trattamento dei dati sia necessario per l'esercizio di un diritto fondamentale o altrimenti per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o sia riconosciuto dalla comunità interessata;
- l'impatto sugli interessati e le loro ragionevoli aspettative su ciò che accadrà ai loro dati, nonché la natura dei dati e le modalità di trattamento;
- garanzie supplementari che potrebbero limitare l'indebito impatto sull'interessato, quali la minimizzazione dei dati, le tecnologie di rafforzamento della tutela della vita privata, una maggiore trasparenza, il diritto generale e incondizionato di revoca (“opt-out”) e la portabilità dei dati.”

Occorre, inoltre, che il legittimo interesse, di cui si dirà in maniera più dettagliata nel prosieguo, sia:

- legittimo, ovvero non illecito;
- concreto e attuale, cioè esistente al momento del trattamento;
- di stretta necessità, ovvero fermamente legato al trattamento dei dati personali che vuole sorreggere.

Or dunque, il legittimo interesse assurge a base giuridica della raccolta dei dati personali. Trattasi di un istituto introdotto non già dal nuovo Regolamento, ma dalla Direttiva 95/46¹⁷.

In particolare, la Direttiva anzidetta prevedeva, in materia dei dati personali, che il titolare del trattamento che volesse usufruire del legittimo interesse come base giuridica legittimante la predetta attività, dovesse necessariamente formulare un'istanza all'Autorità Garante, la quale aveva il compito di verificare preliminarmente la sussistenza delle condizioni che consentissero il trattamento dei dati per il tramite di una base giuridica diversa dal consenso.

Soltanto con l'entrata in vigore del Regolamento, tale obbligo di verifica è stato attribuito direttamente in capo al titolare del trattamento, in applicazione del principio di *accountability*, che se da un lato concede una più ampia autonomia al titolare medesimo nella gestione e valutazione del trattamento, dall'altro fa gravare sullo stesso una maggiore responsabilizzazione.

Ciò posto, non può sottacersi che la base giuridica del legittimo interesse di cui trattasi non è riconosciuta da alcuna disciplina speciale. Invero, la direttiva “ePrivacy”¹⁸ e l'art. 122 del Codice in materia di protezione dei dati personali¹⁹, attuativo della direttiva stessa, fanno riferimento esclusivamente al consenso informato come base giuridica legittimante il trattamento dei dati personali.

¹⁷ L'art. 24 del “codice Privacy” conteneva l'elenco dei casi in cui il trattamento dei dati poteva essere effettuato pur senza il consenso, e la lett. G dell'art. *de quo* faceva espresso riferimento al legittimo interesse del titolare o di un terzo destinatario dei dati.

¹⁸ Direttiva 95/46/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.

¹⁹ D.lgs n. 196 del 30 giugno 2003.

Per tale ragione, il legittimo interesse risulta, di fatto, una base giuridica più debole rispetto al consenso informato; e tale debolezza è testimoniata altresì dalla circostanza che, ai sensi dell'art. 21 del GDPR, l'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento al trattamento dei dati personali che lo riguardano posto in essere ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. f)²⁰.

In conclusione, si può affermare che oltre il consenso informato, anche il legittimo interesse si pone come base di liceità del trattamento dei dati; tuttavia, nel caso in cui il titolare opti per una siffatta modalità, è richiesta una valutazione dei requisiti e delle condizioni sicuramente più gravosa, che tenga in conto di una precisa ponderazione degli interessi in gioco, tale da giustificare una “deroga” al generale modello del consenso informato.

4. Il provvedimento del garante privacy e rilievi conclusivi

Una volta analizzati gli istituti venuti in rilievo nel caso sottoposto all'Autorità, occorre soffermarsi sul contenuto del provvedimento emesso da quest'ultima.

Orduque, il Garante per la protezione dei dati personali, si è *in limine* concentrato sull'analisi delle criticità emerse in seguito alla comunicazione con la quale il social TikTok ha programmato ed annunciato il mutamento della base di liceità del trattamento, passando dal consenso informato al legittimo interesse, al fine di promuovere gli annunci pubblicitari personalizzati. Più precisamente, l'Autorità ha osservato che, in seguito alle risposte fornite dalla società all'istanza di chiarimento proposta dall'Ufficio, non fossero emersi elementi tali da far valutare positivamente, in termini di liceità, il mutamento di trattamento dei dati, evidenziando che, di converso, svariati

²⁰ Il primo comma dell'art. 21 del GDPR, rubricato “Diritto di opposizione”, dispone che “L'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento, per motivi connessi alla sua situazione particolare, al trattamento dei dati personali che lo riguardano ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere e) o f), compresa la profilazione sulla base di tali disposizioni. Il titolare del trattamento si astiene dal trattare ulteriormente i dati personali salvo che egli dimostri l'esistenza di motivi legittimi cogenti per procedere al trattamento che prevalgono sugli interessi, sui diritti e sulle libertà dell'interessato oppure per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria.”

profili di tale operazione si ponessero in contrasto con i principi eurounionali di precauzione e prevenzione²¹.

Con riscontro datato 30 giugno 2022, la società comunicava i motivi che avrebbero giustificato un cambiamento di base giuridica per il trattamento, deducendo anzitutto di aver effettuato un'adeguata valutazione di impatto, *id est* verificato se “il trattamento di dati circa le attività di TikTok perseguisse i legittimi interessi di TikTok, dei suoi partner commerciali e dei suoi utenti”, nonché “se tali legittimi interessi non prevalessero sugli interessi o sui diritti e le libertà fondamentali degli interessati”. In seguito, la società concludeva nel senso dell'esito positivo del bilanciamento tra gli interessi delle parti, evidenziando quanto segue:

- “il trattamento è chiaramente spiegato agli utenti;
- è improbabile che il trattamento abbia un impatto negativo sugli utenti o causi loro un danno;
- gli utenti di età inferiore ai 18 anni sono esclusi dal trattamento;
- TikTok facilita l'esercizio dei diritti degli interessati attraverso diverse funzioni e impostazioni.”

Orbene, nel provvedimento in commento l'Autorità non ha accolto con favore le considerazioni svolte dalla società.

In primo luogo, ha osservato che la modalità di svolgimento dell'attività di pubblicità personalizzata non sia stata sufficientemente esplicita, non avendo la società motivato il legittimo interesse perseguito da lei stessa o dai terzi, e neppure specificato se il trattamento riguardasse anche quelle particolari categorie di dati di cui all'art. 9, paragrafo 2, del GDPR.

Peraltro, il bilanciamento degli interessi in gioco, secondo l'Autorità, non sarebbe stato adeguatamente ponderato, risultando troppo generico; vieppiù che le misure intraprese da TikTok non risulterebbero idonee a garantire che questo modello di pubblicità “automatica”²² non raggiunga anche gli *accounts* dei minori di anni 18²³.

²¹ Per un'attenta analisi dei principi di precauzione e prevenzione si veda S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, in *Dir. Pubbl.*, 2017.

²² Usufruento di questa tipologia di pubblicità, il titolare del trattamento raccoglie automaticamente informazioni sul dispositivo dell'utente che includono “il modello del dispositivo, il sistema operativo, i pattern o i ritmi di digitazione, l'indirizzo IP e la lingua

Nel prosieguo della motivazione, il Garante ha dedotto che il mutamento della scelta della base di liceità per il trattamento dei dati sarebbe, peraltro, in aperta incompatibilità non solo con la direttiva europea 2002/58 (“ePrivacy”), ma anche con l’art. 122 del Codice in materia di protezione dei dati personali.

Come già osservato precedentemente, le normative *de quibus* riconoscono espressamente soltanto il consenso informato degli utenti quale base giuridica per un trattamento lecito di dati personali. In particolare, l’art. 5, paragrafo 3, della direttiva ePrivacy, recita che “Gli Stati membri assicurano che l’uso di reti di comunicazione elettronica per archiviare informazioni o per avere accesso a informazioni archiviate nell’apparecchio terminale di un abbonato o di un utente sia consentito unicamente a condizione che l’abbonato o l’utente interessato sia stato informato in modo chiaro e completo, tra l’altro, sugli scopi del trattamento in conformità della direttiva 95/46/CE e

del sistema... nonché informazioni relative al servizio, alla diagnostica e alle prestazioni, compresi i rapporti di crash e i log delle prestazioni”.

²³ Nello specifico, il Garante ha affermato che:

- “non è stato esplicitato quale sia il legittimo interesse perseguito dal titolare e da terzi (i partner pubblicitari) nonché dagli stessi utenti;
- non è stato precisato se il trattamento riguarda anche i dati di carattere particolare e quale sia, in tal caso, l’eccezione prevista dall’art. 9, par. 2, del Regolamento che potrebbe giustificarlo;
- il test di bilanciamento è indicato in modo generico e insufficiente a consentire una adeguata valutazione della sua correttezza alla luce dei criteri forniti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea. Peraltro, il mero adempimento dei doveri di informazione a norma dell’art. 13 del GDPR – menzionato al primo punto del test di bilanciamento – non costituisce una misura di trasparenza da prendere in considerazione per la ponderazione degli interessi conformemente all’art. 6, paragrafo 1, lett. F) del GDPR; pertanto l’affermazione secondo cui il test di bilanciamento si ritiene soddisfatto per questo trattamento non pare adeguatamente argomentata;
- la valutazione di impatto che TikTok sostiene di aver condotto consultando il proprio DPO non è stata fornita, pur a fronte di una esplicita richiesta da parte dell’Ufficio;
- le misure di verifica dell’età non sono state rappresentate neppure in linea generale e TikTok si è limitata a richiamare genericamente la circostanza per cui starebbe collaborando con esperti di settore e con l’autorità irlandese;
- i risultati sin qui prodotti dai meccanismi posti in essere da TikTok per la verifica dell’età dell’utente non paiono in grado di escludere che la pubblicità personalizzata possa essere rivolta a minori di 18 anni, e persino ai minori di 14 anni, che rappresentano un bacino presso cui la piattaforma è assai popolare.”

che gli sia offerta la possibilità di rifiutare tale trattamento da parte del responsabile del trattamento”. Si aggiunga che l’art. 122, paragrafo 1, del Codice della privacy dispone che “L’archiviazione delle informazioni nell’apparecchio terminale di un contraente o di un utente o l’accesso a informazioni già archiviate sono consentiti unicamente a condizione che il contraente o l’utente abbia espresso il proprio consenso dopo essere stato informato con modalità semplificate”.

Ciò posto, sulla base delle anzidette argomentazioni, ovverosia genericità della base giuridica prescelta, rischio di lesione della sfera dei minori e violazione delle discipline speciale in materia di privacy, il Garante Privacy ha dichiarato illegittima la scelta operata da TikTok di mutare la base di liceità del trattamento, passando dal consenso informato al legittimo interesse, avvertendo altresì quest’ultima che, laddove avesse posto in essere il cambiamento della *policy* esaminato, ne sarebbero scaturite conseguenze di carattere sanzionatorio e, se del caso, interventi d’urgenza da parte dell’Autorità stessa, ai sensi dell’art. 66 del GDPR.

Da ultimo, per completezza espositiva, non può sottacersi che il social TikTok, in seguito all’ammonimento del Garante, ha deciso di sospendere il mutamento di base giuridica ai fini della liceità del trattamento, omologandosi ed ottemperando, di conseguenza, al provvedimento emesso dall’Autorità il 7 luglio del 2022.

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

Numeri Speciali

- 2016 **LO STATUTO ETICO GIURIDICO DEI CAMPIONI BIOLOGICI UMANI**
a cura di Dario Farace
- 2017 **IL MERCATO UNICO DIGITALE**
a cura di Gianluca Contaldi
- 2018 **LA RICERCA SU MATERIALI BIOLOGICI DI ORIGINE UMANA:
GIURISTI E SCIENZIATI A CONFRONTO**
a cura di Alberto M. Gambino, Carlo Petrini e Giorgio Resta
- 2019 **LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE TRA SVILUPPI RECENTI
E PROSPETTIVE FUTURE.**
a cura di Alessio Persiani

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall’interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

