

Trattamento dati sensibili

Sommario

Valutazione linee guida cookie e considerazioni in merito alla legittimità dei cookie paywall	2
Quadro giuridico attuale	2
Definizione dei Cookie Wall, Paywall e cookie Paywall	5
Panorama attuale in materia di Cookie paywall.....	6
Riflessioni conclusive e prospettive future.....	7
Riferimenti	10

***Nome:** Gabriel*

***Cognome:**
Cellammare*

Laurea Magistrale in Sicurezza Informatica

Trattamento dati sensibili

***E-mail:** g.cellammarel@studenti.uniba.it*

Valutazione linee guida cookie e considerazioni in merito alla legittimità dei cookie paywall

Quadro giuridico attuale

Definizioni e articolazione delle linee guida in materia di cookie

Con la pubblicazione delle Linee guida cookie e altri strumenti di tracciamento - **10 giugno 2021 (Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 163 del 9 luglio 2021)**¹ sono state approfondite le modalità in relazione al diritto applicabile alle operazioni di lettura e di scrittura all'interno del terminale di un utente e, specificate, le corrette modalità per la fornitura dell'informativa e la gestione del consenso. In proposito, il Garante - come è noto - ha già adottato un provvedimento (**n. 229, dell'8 maggio 2014**), volto ad *"individuare le modalità semplificate per rendere l'informativa online agli utenti sull'archiviazione dei c.d. cookie sui loro terminali da parte dei siti Internet visitati"*, come pure a *"fornire idonee indicazioni sulle modalità con le quali procedere all'acquisizione del consenso degli stessi, laddove richiesto dalla legge"*. Tra le premesse delle linee guida troviamo anche l'evoluzione comportamentale degli utenti che propensi alla creazione di sempre più account e identità digitali, possano essere soggetti alla raccolta di dati provenienti dall'incrocio di dati relativi a servizi e funzionalità diverse, con l'effetto di creazione di profili sempre più specifici e dettagliati.

Il considerando 30 del Regolamento afferma che le Persone fisiche possono essere associate ad **identificativi** online prodotti dai dispositivi, con ciò riferendosi anche ai cosiddetti **cookie**.

I **cookie** sono stringhe di testo che i siti web archiviano e conservano nel dispositivo visitante e possono includere dati personali, come un indirizzo IP, un nome utente, un identificativo univoco o un indirizzo e-mail. I software per la navigazione in Internet, ad esempio i browser, possono memorizzare i cookie e poi trasmetterli nuovamente ai siti che li hanno generati in occasione di una successiva visita del medesimo utente mantenendo, così, memoria della sua precedente interazione con uno o più siti web. Gli impieghi dei cookie differiscono in base alla finalità, tra cui il monitoraggio di sessioni, la memorizzazione di informazioni su specifiche configurazioni riguardanti gli utenti che accedono al server, l'accesso immediato a pagine web (il famoso tasto "Ricordami").

Inoltre, sempre attraverso i cookie è possibile veicolare la pubblicità comportamentale (c.d. "behavioural advertising") e misurare, poi, l'efficacia del messaggio pubblicitario ovvero conformare tipologia e modalità dei servizi resi ai comportamenti dell'utente oggetto di precedente osservazione, fulcro della relazione. È bene, quindi, differenziare i cookie in:

- I. **Cookie Tecnici**: sono i cookie che servono a effettuare la navigazione o a fornire un servizio richiesto dall'utente. Non vengono utilizzati per scopi ulteriori e sono normalmente installati direttamente dal titolare del sito web. Senza il ricorso a tali cookie alcune operazioni non potrebbero essere compiute o sarebbero più complesse e/o meno sicure, come ad esempio le attività di home banking (visualizzazione dell'estratto conto, bonifici, pagamento di bollette, ecc.), per le quali i cookie, che consentono di effettuare e mantenere l'identificazione dell'utente nell'ambito della sessione risultano indispensabili. Per l'installazione dei cookie tecnici e di quelli analytics² non è richiesto il consenso degli utenti, mentre è comunque sempre necessario fornire l'informativa (**art. 13 del Regolamento Ue 2016/679**).

Dal parere del **Gruppo Articolo 29**³, si evince che i seguenti cookie possono essere esenti dal consenso informato a determinate condizioni, purché non siano utilizzati per finalità aggressive:

- a. *cookie con dati compilati dall'utente* (identificativo di sessione), della durata di una sessione o cookie persistenti limitatamente ad alcune ore in taluni casi;
- b. *cookie per l'autenticazione* utilizzati ai fini dei servizi autenticati, della durata di una sessione;
- c. *cookie di sicurezza incentrati sugli utenti* utilizzati per individuare abusi di autenticazione, per una durata persistente limitata;
- d. *cookie di sessione per lettori multimediali*, come i cookie per lettori "flash", della durata di una sessione;

¹ Linee guida cookie e altri strumenti di tracciamento - 10 giugno 2021 [9677876]
(<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9677876>)

² I cookie tecnici differiscono da quelli analytics (<https://garanteprivacy.it/faq/cookie>)

³ <https://www.privacy.it/archivio/gruppareri201204.html>

- e. *cookie persistenti* per la personalizzazione dell'interfaccia utente, della durata di una sessione (o poco più);
- f. *cookie per la condivisione dei contenuti* mediante plug-in sociali di terzi, per membri di social network.

- II. Cookie di profilazione: A differenza dei precedenti, i cookie di profilazione vengono messi a punto al precipuo scopo di dare forma a profili di ogni utente al fine di confezionare messaggi pubblicitari su misura. Pertanto, la finalità ultima di questi cookie è diversa da quella dei precedenti posto che sono finalizzati a comprendere le preferenze dei singoli utenti in modo tale da sottoporre loro durante la navigazione contenuti targettizzati e plausibilmente di loro interesse. In questo caso, avendo finalità diverse da quelle tecniche potranno essere utilizzati esclusivamente previa acquisizione del consenso, comunque **informato** secondo il principio di **trasparenza**.
- III. Cookie Analytics: L'Autorità, con provvedimento emesso in data **8 maggio 2014**, oggetto di successiva analisi, ha dichiarato che taluni identificativi, noti come **cookie analytics**, possono essere classificati come tecnici e, pertanto, utilizzati senza il previo consenso dell'utente, a condizione che si verifichino determinate circostanze. Infatti, i cookie possono essere utilizzati, tra le altre cose, per valutare l'efficacia di un servizio di informazione fornito da un editore per la progettazione di un sito web o per contribuire a misurare il "traffico", cioè il numero di visitatori suddivisi, eventualmente, per area geografica, fascia oraria di connessione o altre caratteristiche misurate statisticamente. Il Garante enfatizza la necessità che l'uso dei cookie analytics sia esclusivamente limitato alla produzione di statistiche aggregate e che i predetti cookie vengano utilizzati solo in relazione ad un singolo sito web o ad una singola applicazione mobile. Affinché i cookie analytics siano equiparati a quelli tecnici è, in altri termini, indispensabile precludere la possibilità che si pervenga, mediante il loro utilizzo, alla diretta individuazione dell'interessato pregiudicando, quindi, anche la possibilità che lo stesso cookie sia riferibile non soltanto ad uno bensì a più dispositivi, in maniera tale da creare una ragionevole incertezza sull'identità informatica del soggetto che lo riceve attraverso apposite misure. Qualora il loro utilizzo avvenga ad opera di terze parti, il Garante reputa che tale obiettivo debba essere conseguito tramite misure di limitazione del dato. Tali parti non dovranno, in ogni caso, combinare dati con altre elaborazioni, né trasmetterli ad ulteriori terzi, pena l'identificazione dell'utente.

Per ciò che concerne la raccolta di un idoneo consenso all'installazione e all'utilizzo di cookie di profilazione, ovvero di altri strumenti di tracciamento diversi da quelli tecnici, il Garante condivide l'opinione dell'EDPB⁴ il quale afferma che il semplice "*scroll down del cursore di pagina è inadatto in sé alla raccolta, da parte del titolare del trattamento*". Infatti, quest'ultimo, non esprime compiutamente la **manifestazione di volontà** dell'interessato volta ad accettare di ricevere il posizionamento all'interno del proprio terminale dei cookie di profilazione.

I nuovi equilibri introdotti da tali linee guida, le quali definiscono le modalità di acquisizione del consenso, sono necessarie al fine di comprendere totalmente i meccanismi di **cookie wall** e **paywall** e, contestualmente, ad analizzare la loro correlazione al Regolamento. In osservanza **all'articolo 25 paragrafo n.2 del regolamento**, il rispetto di tali regole impone che per **impostazione predefinita**, al momento del primo accesso dell'utente a un sito web, nessun cookie, o altro strumento diverso da quelli tecnici, debba essere posizionato all'interno del suo dispositivo, né, debba essere utilizzata alcuna altra tecnica attiva o **passiva di tracciamento (Privacy by default)**. Il meccanismo di acquisizione predefinito del consenso online rimane il **banner**, descritto nel provvedimento dell'**8 maggio 2014**⁵. Il banner in questione deve essere un componente essenziale di un sistema che, pur mantenendo le impostazioni predefinite, consente l'espressione di una manifesta azione positiva che rappresenta il consenso dell'utente. Se l'utente decidesse di mantenere le impostazioni predefinite e, quindi, di non prestare il proprio consenso all'uso dei cookie (in riferimento ai cookie di profilazione) - o ad altre tecniche di tracciamento - dovrebbe, chiudere il banner selezionando il comando appropriato. Quest'ultimo, di norma, viene contrassegnato da una **X** posizionata, secondo la prassi consolidata, in alto a destra all'interno del banner stesso. Ciò permette all'utente, di non dover accedere ad altre aree o pagine dedicate a questo scopo. Questo comando, inoltre, deve essere caratterizzato da una visibilità grafica equivalente a quella degli altri comandi. Utilizzando tale comando l'utente, dunque, manifesta la volontà a non fornire il proprio

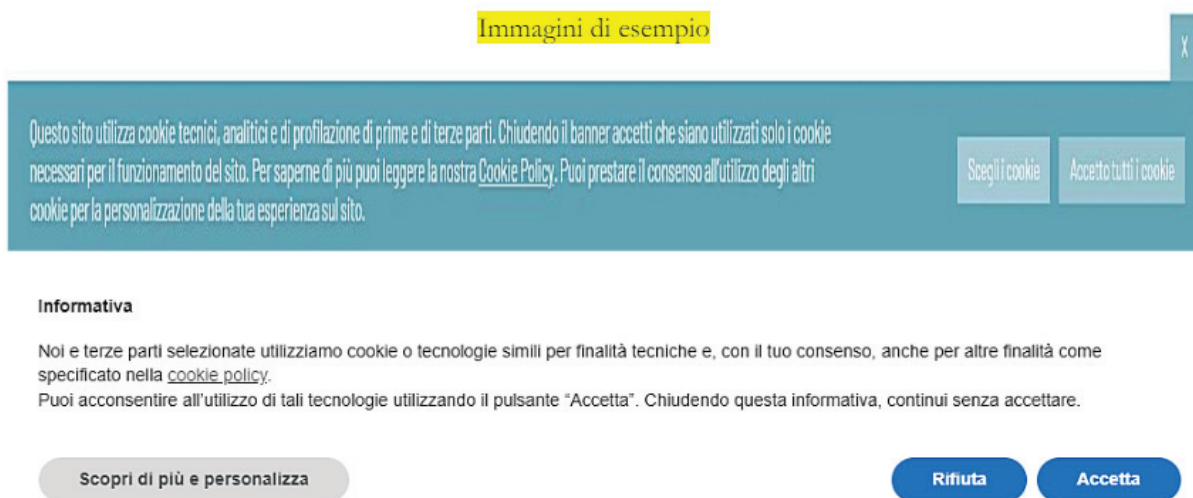
⁴ Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679
https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_it.pdf

⁵ Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie - 8 maggio 2014 [3118884] <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3118884>

consenso all'utilizzo di cookie o altri strumenti di tracciamento che non siano tecnici impedendo, di fatto, al sito di ripresentare il banner in occasione di accessi successivi dell'utente, in ogni caso, per un periodo di tempo non inferiore a sei mesi. Il banner dovrebbe contenere, oltre alla **X** in alto a destra, le seguenti indicazioni e opzioni:

- Un avviso che la chiusura del banner tramite la **X** comporta il mantenimento delle impostazioni predefinite e la continuazione della navigazione senza cookie o altri strumenti di tracciamento non tecnici;
- Un'informativa breve che il sito utilizza cookie o altri strumenti tecnici e potrebbe utilizzare cookie di profilazione o altri strumenti di tracciamento per inviare pubblicità o personalizzare il servizio, previo consenso dell'utente;
- Un link alla privacy policy o ad un'informativa estesa accessibile con un solo click che fornisce tutte le informazioni richieste dagli **articoli 12 e 13 del Regolamento**, anche riguardo ai cookie o altri strumenti tecnici;
- Un comando per esprimere il consenso all'uso di tutti i cookie o altri strumenti di tracciamento;
- Un link a un'area dedicata (*Privacy*) per selezionare solo le funzionalità, le terze parti e i cookie che l'utente sceglie di accettare, il cui elenco deve essere costantemente aggiornato.

Immagini di esempio



È bene chiarire che, l'eccessiva riproposizione del banner ai fini del consenso, laddove l'utente l'abbia negato, appare suscettibile di lederne le libertà e che, inoltre, gli utenti devono essere in grado di modificare le loro scelte, sia negando un consenso precedentemente rifiutato che revocando un consenso precedentemente fornito, in qualsiasi momento. Tutto ciò deve essere possibile in modo semplice, immediato e intuitivo attraverso un'area dedicata accessibile tramite un link posizionato nel footer del sito. Le scelte di design compiute, inoltre, influenzano l'interessato. Al fine di assicurare l'assenza di condizionamento, si sottolinea l'esigenza dell'utilizzo di comandi e di caratteri di uguali **dimensioni, enfasi e colori**.

L'intero sistema, però, presenta un difetto di rilievo assoluto: non è possibile distinguere oggettivamente **cookie tecnici da quelli di profilazione o analytics**, se non basandosi sulle indicazioni del titolare.

Ulteriori specifiche provengono antecedentemente **alle linee guide 2021** in materia di cookie, **difatti il 1° ottobre 2019, sulla scia del Regolamento UE n. 2016/679, la Corte di Giustizia dell'Unione europea pubblicava la sentenza n.673⁶** stabilendo che:

- Per l'attivazione di cookie serve un consenso **esplicito** dell'utente che naviga sul sito web. Il consenso può essere dato anche attraverso un click su una casella apposita, purché questa sia "vuota". La Corte, infatti, giudica illegittima la casella **preselezionata** (quindi già provvista di flag);
- Il consenso deve essere dato prima che l'utente possa proseguire con la navigazione sul sito; pertanto, è ritenuta illecita la prassi secondo cui, per dare il consenso all'uso dei cookie, basta continuare a navigare sul sito;

⁶ Sentenza n.673 <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-10/cp190125it.pdf>

3. Gli ermellini europei, inoltre, individuano nel gestore del sito colui che è tenuto a fornire all'utente web tutte le informazioni di cui **all'art. 13 del GDPR**.

Tali conclusioni partono dal lontano **2009**, con la cosiddetta Direttiva e-privacy⁷, una norma introdotta soprattutto per far fronte all'utilizzo di cookie da parte dei fornitori di servizi dell'informazione, richiamata dal **Considerando 173 del GDPR**, che suggerisce un riesame della suddetta.

Definizione dei Cookie Wall, Paywall e cookie Paywall

Si giunge, quindi, alla definizione del cosiddetto **cookie wall**, con il quale si intende un meccanismo vincolante - specificato nelle linee guida precedentemente citate - chiamato anche *"take it or leave it"* nel quale l'utente venga, cioè, obbligato, senza alternativa, ad esprimere il proprio consenso alla ricezione di cookie ovvero altri strumenti di tracciamento, pena l'impossibilità di accedere al sito ([si veda Esempio 6 Bis](#)). Tale meccanismo, violerebbe la definizione stessa di **consenso**, definita all'**art.4 del Regolamento** come una manifestazione di volontà positiva da parte dell'interessato, e la caratteristica stessa di **Libertà** intrinseca del consenso, vale a dire privo di condizionamenti.

Si parla, invece, di **paywall** per definire l'accesso a pagamento ai contenuti di un sito internet. In caso di esistenza di un paywall per accedere ai contenuti di un sito è necessario siglare una sottoscrizione a pagamento. Talvolta, rimane liberamente visibile solo parte del contenuto, un abstract oppure le prime righe di un testo



Qualora un sistema di **cookie wall** si evolva in un **cookie paywall** - la situazione in merito che contraddistingue i giornali online - si verifica una situazione in cui all'utente viene offerta un'**alternativa** per accedere ai contenuti, che può essere un pagamento o un abbonamento, piuttosto che fornire l'uso dei cookie (riferendoci, chiaramente, ai cookie di profilazione). In questo scenario, l'utente ha la possibilità di scegliere tra il pagamento o la monetizzazione del servizio attraverso l'utilizzo dei propri dati, purché il consenso sia prestato in modo appropriato e senza alcuna forma di coercizione. Questa è stata l'opzione scelta da alcuni editori.



⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058>

La sfida, dal punto di vista tecnico e giuridico, è capire se si tratta di un **paywall**, quindi di una misura legittima, o di un **cookie wall**, elemento condannato dal Garante, secondo le linee guida Cookie precedentemente discusse. Dalla modalità descritta e ampiamente applicata, il Titolare del trattamento che assume tale comportamento sembra quasi assegnare al consenso un prezzo, e di conseguenza ai dati, presupponendo una strana, ma moderna retorica: quando qualcosa è gratis in rete, il prodotto siamo noi.

L'Autorità Garante per la protezione dei dati personali ha avviato un **procedimento istruttorio**⁸ al fine di valutare la conformità di questa iniziativa ai principi normativi in relazione al corretto trattamento dei dati e all'utilizzo dei sistemi di tracciamento. L'Autorità ha recentemente comunicato il proseguimento dell'istruttoria, atteso che ha rivolto ai **Gruppi Editoriali**, che hanno adottato questa pratica, specifiche richieste di informazioni relative alle alternative offerte all'utente (se presenti) e alle eventuali **valutazioni di impatto** effettuate dai Titolari del trattamento. In sostanza, **l'Autorità Garante** ha chiesto prova della **responsabilizzazione** dei Titolari, chiedendo loro, l'ottenimento di tutti gli elementi tecnici ed organizzativi adottati. Ciò, al precipuo fine, di dimostrare la conformità dei trattamenti alla legge nonché la prova che il consenso richiesto sia stato ottenuto sulla base di un'informativa lecita, trasparente, informata, libera e positiva.

I gestori giustificano questa modalità di consenso fortemente condizionata, affermando che l'utilizzo della pubblicità **profilata** (appunto possibile solo tramite l'utilizzo di cookie di profilazione) sia necessaria per garantire **lo standard di qualità dei contenuti web** presenti sui portali, di talché l'utente, per poter navigare gratuitamente, debba permettere l'erogazione di pubblicità personalizzata (e quindi accettare la profilazione).

Tuttavia, sorge un interrogativo: un servizio "gratuito" ed uno a pagamento possono davvero essere considerati equivalenti? Allo stato attuale, accettare di essere profilati non equivale ad avere gli stessi benefici di sottoscrivere un abbonamento, in quanto accettare i cookie per non pagare e superare il cookie paywall consente solo **la semplice visualizzazione dell'home page del sito**, mentre il contenuto di alcuni articoli, anche una volta prestato il consenso (ma sarebbe più corretto dire estorto) continua a rimanere a pagamento.

L'impiego di tali **cookie paywall** sottolinea la necessità per i portali di informazione di proteggere e monetizzare efficacemente i propri contenuti intellettuali in un sistema che attualmente manca di strumenti adeguati. Si sottolinea come la velocità di diffusione delle informazioni digitali superi la capacità dei detentori dei diritti di proteggere tali contenuti dalla diffusione indiscriminata causando una perdita economica. Sono stati evidenziati alcuni interventi normativi a livello europeo, come la Direttiva UE **2019/790**⁹, la quale ha cercato di proteggere il settore editoriale bilanciando la necessità di profitto degli editori con la libertà di accesso dell'utente ai contenuti informativi. **L'Agcom** ha il potere di imporre sanzioni ai trasgressori del **diritto d'autore**. Tuttavia, questi interventi sono considerati parziali e insufficienti dagli operatori dell'informazione, stante la capacità dei soggetti privati di erodere il valore dei contenuti dei portali web attraverso la diffusione sui social media.

Panorama attuale in materia di Cookie paywall

Al momento **l'Autorità austriaca**¹⁰, **quella francese**¹¹ e **quella danese**¹² affermano che, in presenza di un abbonamento caratterizzato da un costo moderato che non limiti la libertà dell'utente, il sistema di **cookie paywall** è una valida soluzione. D'altro canto, La **DSB**¹³ ha pronunciato una decisione¹⁴ relativa al sistema "**pay or okay**" adottato da un media austriaco, asserendo come tale scelta non offra agli utenti una vera libertà di consenso.

Contestualmente, con tale pronuncia, ha manifestato la propria preoccupazione all'idea del "consenso generale" il quale viene prestato ogni qual volta gli utenti pur non potendo permettersi di pagare, sono costrette a prestare comunque il consenso. L'aspetto chiave della decisione della **DSB** consiste nel fatto che, in presenza di un sistema "**pay or okay**",

⁸ <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9815415>,
<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9822601>.

⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32019L0790>

¹⁰ https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Dsk/DSBT_20181130_DSB_D122_931_0003_DSB_2018_00/DSBT_20181130_DSB_D122_931_0003_DSB_2018_00.pdf

¹¹ <https://www.cnil.fr/fr/cookie-walls-la-cnil-publie-des-premiers-criteres-devaluation>

¹² <https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/vejledning/cookies/cookie-walls>

¹³ Autorità Austriaca per la protezione dei dati personali

¹⁴ https://noyb.eu/sites/default/files/2023-04/Standard_Bescheid_geschw%C3%A4rzt.pdf

gli utenti devono avere la possibilità di fornire un consenso granulare anziché solo generale. Va notato che la **DSB** ha preso questa decisione proprio perché gli utenti potevano scegliere esclusivamente tra pagare o acconsentire al trattamento di tutti i propri dati **senza la possibilità di un consenso più granulare**.

Nel corso della plenaria del **17 aprile 2024** l'**European Data Protection Board** ha, infatti, adottato un parere nella sua **Opinion n.08/2024**¹⁵ ai sensi dell'**art. 64 paragrafo 2** del **GDPR** a seguito delle richieste che gli erano state sottoposte dalle autorità olandese, norvegese e di Amburgo, anche alla luce della sentenza **C-252/21** della **Corte di Giustizia UE**.

Nel contesto di tale dibattito sulla privacy si pone un dilemma morale: dovrebbero i nostri dati personali essere considerati una merce scambiabile? In altre parole, può la privacy degli individui essere considerata un diritto “**premium**” concesso solo a coloro che sono disposti a pagare? E, soprattutto, gli utenti, quando posti di fronte alla scelta di pagare o consentire un trattamento invasivo dei loro dati (profilazione commerciale), sono veramente consapevoli di ciò che stanno scegliendo, o sono indotti a fare la scelta più immediata, cioè quella di non pagare per qualcosa che fino a ieri era (apparentemente) gratuito?

La risposta dell'**European Data Protection Board (EDPB)** alla questione della legittimità del “cookie paywall” è un **no categorico**. La scelta imposta dalle grandi piattaforme digitali tra la privacy e il pagamento per l'accesso ai contenuti è stata definitivamente etichettata come **non conforme ai principi GDPR**. Un elemento cruciale dell'opinione approvata dall'**EDPB** è la riaffermazione che il responsabile del trattamento non è esentato dal rispetto dei principi delineati dall'**art. 5 del GDPR**, anche nel caso in cui abbia ottenuto il consenso dell'utente, che dovrà essere quindi **informativo, libero, specifico e inequivocabile**. Pertanto, il trattamento dei dati dovrà aderire ai principi di correttezza, minimizzazione dei dati e limitazione delle finalità(..). L'**EDPB** esorta le grandi piattaforme digitali a rivedere i loro modelli di accesso sottolineando **la non equivalenza tra dati personali e beni commerciali**. Invece di relegare la privacy ad un bene di lusso, l'**EDPB** propone lo sviluppo di alternative “**equivalenti**” che non coinvolgano il trattamento di dati personali per pubblicità comportamentale. Un esempio potrebbe essere la presentazione di pubblicità **generica** che non richiede il tracciamento dell'utente. Oltre alla tutela dei diritti degli utenti, l'**EDPB** sottolinea l'importanza della **consapevolezza del valore e delle conseguenze delle scelte fatte in materia di dati personali**. La protezione dei dati non deve diventare un lusso, ma un diritto accessibile a tutti. L'accesso a informazioni e servizi online non può dipendere dalla volontà o dalla capacità di un individuo di pagare per la propria privacy. La decisione lascia aperta la porta a future interpretazioni giuridiche e, potenzialmente, ad un'ulteriore legislazione che potrebbe rinforzare queste posizioni.

Riflessioni conclusive e prospettive future

Specifichiamo, quindi, che la totalità dei casi di **Cookie Walls** nasconde una policy orientata all'utilizzo dei **cookie di profilazione** che consistono in strumenti di tracciamento delle attività dell'utente con lo scopo di generare pubblicità specifica per il fruitore. Ai sensi dell'**articolo 122 del Codice privacy e dell'articolo 6 del GDPR**, l'installazione di un cookie non tecnico è legittima solo se l'interessato ha espresso un consenso libero. Inoltre, l'**articolo 7 paragrafo 4 del GDPR** sottolinea che, nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si deve considerare se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso non necessario per l'esecuzione del contratto stesso. Pertanto, è evidente che il **consenso** non può essere considerato **libero se l'esecuzione del contratto** - in questo caso la semplice fruizione del sito web - è **vincolata** all'accettazione di un **trattamento non necessario** per il contratto stesso, come i **cookie di profilazione**. Non si possono, quindi, sollevare grandi obiezioni a un'interpretazione normativa (e dottrinale) piuttosto lineare nella sua applicazione.

Alla luce delle normative e della giurisprudenza in analisi, si potrebbe dedurre (confermato anche dall'opinione dell'**EDPB**) che i **cookie paywall non siano conformi al GDPR** in quanto non soddisfano i requisiti di un consenso espresso **liberamente** e basato su una scelta **autentica**. Infatti, se da un lato un cookie paywall ottiene il consenso dell'utente, dall'altro non lascia a quest'ultimo la possibilità di esprimere il proprio consenso a determinati tipi di cookie piuttosto che ad altri, con conseguente invalidità del consenso stesso. L'adozione di un'**alternativa a pagamento** pone la questione sulla liceità dell'intero cookie paywall.

A tal proposito, si possono considerare le ragioni che potrebbero sostenere una risposta affermativa o negativa.

Coloro che ritengono che i paywalls possano essere considerati alternativa lecita al consenso, evidenziano:

- la presenza di un'alternativa valida e ragionevole al consenso dei dati personali, tenuto conto anche del costo irrisorio di 1 euro richiesto attualmente dagli editori;

¹⁵ https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-04/edpb_opinion_202408_consentorpay_en.pdf

- la previsione dell'**art.135 octies del codice del consumo**¹⁶ (**D.Lgs., n. 206/2005, così come modificato dal D.Lgs. n.173/2021**) che prevede la possibilità che il professionista fornisca o si obblighi a fornire un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisca o si obblighi a fornire dati personali al professionista (comma 4).

D'altro canto, le ragioni a favore della illiceità dei paywalls includono:

- dal punto di vista del **buon senso**, non sarebbe corretto pagare l'accesso ai contenuti di un sito con i propri dati in alternativa ad un valore economico, considerando anche che **non sempre l'utente è messo nelle condizioni di rendersi conto di come verranno utilizzati i propri dati**;
- la scarsa correlazione tra la profilazione e la fruizione di un contenuto web, per cui sarebbe più opportuno consentire l'accesso dietro diretto corrispettivo di un prezzo anziché con la cessione dei propri dati.

Tale modello – Cookie Paywall - però presenta diverse criticità. In primo luogo, si sollevano interrogativi sulla genuinità del consenso: può essere considerato veramente libero e informato se l'alternativa è il pagamento? Questo approccio mina uno dei pilastri fondamentali del **GDPR**, che prevede un consenso fornito **liberamente, specifico, informato e inequivocabile** come base per il trattamento legittimo dei dati personali. In secondo luogo, sussiste il concreto il rischio di creare una società digitale a due velocità - presupposto in forte contrapposizione con le motivazioni che hanno portato alla nascita del **GDPR**, che ha indirettamente contribuito a mitigare il problema del **digital divide** - in cui la privacy diventa un lusso per coloro che possono permettersi di pagare. Tale situazione contravviene al principio di equità e all'accesso universale ai servizi digitali, concetti profondamente radicati nella legislazione europea.

Il cookie paywall o modello “pay or okay” entra in conflitto con diverse normative ed in particolare con il **GDPR**. Le seguenti disposizioni sono al centro della questione:

- I. Libertà di consenso:** secondo l'**articolo 4 e l'articolo 7 del GDPR** il consenso deve essere un atto di libera volontà. Un “cookie paywall” mette in discussione questa libertà, potenzialmente trasformando il consenso in una merce;
- II. Non discriminazione:** l'**articolo 8 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea**¹⁷ garantisce la protezione dei dati personali. La pratica del “Concedi il consenso o effettua un pagamento” potrebbe violare questo principio, discriminando gli utenti in base alla loro capacità o volontà di pagare;
- III. Accessibilità ed equità:** norme come il **Digital Service Act**¹⁸ mirano a rendere i servizi digitali più equi e accessibili per tutti. Il modello “Concedi il consenso o effettua un pagamento” potrebbe erodere questo obiettivo, creando barriere all'accesso.

Il modello “Concedi il consenso o effettua un pagamento” rappresenta una sfida significativa per i regolatori in quanto pone gli utenti di fronte ad una scelta che potrebbe compromettere il carattere fondamentale del consenso libero e informato. Da un lato, vi è la necessità di **finanziare i servizi digitali e il desiderio delle imprese di capitalizzare** sul vasto serbatoio di dati generati dagli utenti. Dall'altro, si trova il **diritto inalienabile degli individui alla privacy** e alla protezione dei dati. Per affrontare questa sfida, potrebbe essere necessario un **ripensamento del quadro normativo che rafforzi il diritto alla privacy** senza ostacolare **l'innovazione e la crescita digitale**.

Una navigazione esclusivamente a **pagamento** è perfettamente **legittima**, ma l'alternativa proposta (Accetta o Paga), mostra il fianco ad una certa fallacia logica. Il trattamento dei dati personali deve infatti essere ben circoscritto e rappresentato: in questo caso, si suppone esso sia la raccolta dei dati necessari per la fruizione del sito web, tra i quali il necessario pagamento dell'abbonamento (da cui discende la possibilità di scelta dei cookie). La necessità del pagamento (che ribadiamo essere lecita) non può essere “barattata” con una differente scelta di installazione dei cookie di profilazione. Innanzitutto, verrebbe meno il concetto stesso di “necessario”: come potrebbe considerarsi tale un elemento che può essere sostituito da un altro non sovrapponibile ma, al più, equipollente in termini economici? Tale equipollenza, inoltre, ha valore solo per il Titolare del trattamento che considera la **profilazione e il pagamento di una cifra mensile** come economicamente vantaggiosi in **egual misura**; ma, le due cose non combaciano affatto per l'interessato che deve scegliere se concedere una lunga serie di dati per attività di profilazione automatica o pagare una somma di denaro, tralasciando la **motivazione etica** che si pone alla base di tale decisione.

¹⁶ <https://www.gazzettaufficiale.it/anteprema/codici/consumo>

¹⁷ https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf

¹⁸ <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/digital-services-act.html>

Concludendo, si può affermare che l'approccio attuale dell'**EDPB** si muove in questa direzione: ponendo un'enfasi rinnovata sull'autonomia degli utenti e sulla necessità di preservare la **fiducia** nel tessuto digitale della nostra società. È necessario ripensare il modo in cui si valutano i dati personali all'interno delle economie digitali; non più una merce, ma **un'estensione della personalità individuale**, che deve essere protetta e rispettata. Ricordiamo come la protezione delle persone fisiche è il principio cardine del **Regolamento GDPR** disciplinato dall'**Articolo 1** dello stesso, a manifestazione della rilevanza accordata dal Legislatore alla stessa.

Il messaggio dell'EDPB è inequivocabile: i dati personali non hanno una mera utilità quantitativa, qualitativa ed economica, ma rappresentano la **digitalizzazione** della nostra identità, dei nostri comportamenti e delle nostre scelte. Consentire che questi dati vengano monetizzati senza un consenso chiaro, libero e informato o, peggio ancora, sotto la coercizione di un pagamento, costituisce una violazione di tutte le norme sottese alla visione europea di una società informata e protetta.

Riferimenti

- Garante Privacy. “FAQ - Cookie.” *Garanteprivacy.it*, 2016, [garanteprivacy.it/faq/cookie](https://www.garanteprivacy.it/faq/cookie). Accessed 3 May 2024.
- “Individuazione Delle Modalità Semplificate per L’informativa E L’acquisizione Del Consenso per L’uso Dei Cookie - 8 Maggio 2014 [3118884].” *Garanteprivacy.it*, 2016, www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3118884. Accessed 3 May 2024.
- “Parere 4/2012 - WP 194: Relativo All’esenzione Dal Consenso per l’Uso Di Cookie.” *Www.privacy.it*, Apr. 2012, www.privacy.it/archivio/grupripareri201204.html . Accessed 3 May 2024.
- *Linee Guida 5/2020 Sul Consenso Ai Sensi Del Regolamento (UE) 2016/679 Versione 1.1 Adottate Il 4 Maggio 2020*. May 2020.
- *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*. 2024.
- Privacy, Garante. “Linee Guida Cookie E Altri Strumenti Di Tracciamento - 10 Giugno 2021 [9677876].” *Garanteprivacy.it*, 2021, www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9677876. Accessed 3 May 2024.
- Garante Privacy. “Cookie Wall: All’esame Del Garante Privacy Le Iniziative Degli Editori.” *Garanteprivacy.it*, 2016, www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9815415. Accessed 3 May 2024.
- “Cookie Wall: Prosegue L’istruttoria Del Garante Privacy Su Alcune Testate Giornalistiche Online.” *Garanteprivacy.it*, 2016, www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9822601. Accessi 3 May 2024.