

Diritto all'oblio e motori di ricerca. La svolta: onere della prova a carico del gestore. Così le nuove Linee guida EDPB – 2.12.2019

di Deborah Bianchi



Il diritto all'oblio nel motore di ricerca prorompe sullo scenario giuridico europeo con la sentenza Costeja della CGUE, 13 maggio 2014 – Caso Costeja/Google. Stante l'importanza della sentenza e del tema trattato, seguono le Linee guida del gruppo dei Garanti Privacy UE (WP29) datate 26.11.2014. Il 2.12.2019, dopo cinque anni e soprattutto dopo l'entrata in vigore del GDPR 2016/679, vengono poste in pubblica consultazione le nuove Linee Guida dell'EDPB sul diritto all'oblio nei motori di ricerca. I Garanti imprimono nell'ambito del trattamento-indicizzazione una "svolta" ermeneutica che si concentra soprattutto sull'opposizione alla prosecuzione del trattamento ex art. 17.1 lett. c) e art. 21 GDPR. L'opposizione viene inquadrata dai Garanti come strumento di massima affermazione dell'oblio quale diritto all'autodeterminazione informativa digitale. L'autodeterminazione informativa è la regola mentre il trattamento costituisce l'eccezione, ammissibile soltanto se viene data la prova dell'esistenza di "motivi legittimi prevalenti". A questo punto, se il gestore del motore di ricerca vuole negare l'oblio e continuare l'indicizzazione deve sopportare l'inversione dell'onere della prova di questi "motivi legittimi prevalenti".

L'oblio è la regola nel trattamento-indicizzazione frutto dell'intelligenza artificiale

I Garanti Privacy UE segnalano molto opportunamente la differenza tra il diritto all'oblio applicato in un ambito in cui le attività di trattamento sono svolte da uomini (es. editore quotidiano digitale) e il diritto all'oblio applicato in un ambito in cui il trattamento viene eseguito in automatico da macchine intelligenti (es. algoritmo del motore di ricerca). Risulta imprescindibile in un mondo siffatto dare la prevalenza ai diritti della persona (oblio) piuttosto che ai "diritti della macchina" (asserviti all'interesse commerciale). Ecco dunque che fin dall'introduzione le Linee Guida mettono in chiaro che qui la regola è l'applicazione del diritto all'oblio mentre il relativo rifiuto costituisce l'eccezione.

Le nuove Linee Guida su oblio e motori di ricerca del Comitato dei Garanti Privacy UE o EDPB aprono a un'interpretazione di estremo favore per l'estensione ulteriore dell'applicazione del diritto all'oblio nei motori di ricerca. Si intende che il diritto all'oblio costituisca la regola (con base giuridica nel disposto artt. 17 e 21 GDPR) mentre la continuazione del trattamento (indicizzazione) sia l'eccezione. Oltre alle fattispecie specifiche di diritto all'oblio individuate nell'art. 17.1, lett. a), b), d), e), f), i Garanti Ue evidenziano la "fattispecie aperta" dell'art. 17.1, lett. c) dedicata ai motivi di opposizione. L'Introduzione delle Linee Guida pagg. 3-4 si preoccupa particolarmente di sottolineare questo aspetto:

«Il Comitato europeo per la protezione dei dati ("EDPB"), conformemente al suo piano d'azione, sta elaborando linee guida in relazione all'articolo 17 del regolamento generale sulla protezione dei dati ("GDPR"). Fino a quando tali linee guida non saranno perfezionate, le autorità di vigilanza devono continuare a gestire e indagare, per quanto possibile, i reclami degli interessati e nel modo più tempestivo possibile.

Di conseguenza, questo documento mira a interpretare il diritto all'oblio nei casi dei motori di ricerca alla luce della disposizione dell'articolo 17 del GDPR (il "diritto di chiedere la cancellazione"). In effetti, il diritto all'oblio è stato emanato in particolare ai sensi dell'articolo 17 del GDPR per tener conto del diritto di chiedere il delisting stabilito nella sentenza Costeja.

*Tuttavia, come previsto dalla Direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 (la "Direttiva") e come dichiarato dalla CGUE nella citata sentenza Costeja, **il diritto di chiedere la cancellazione o delisting implica due diritti (Diritto di opposizione e Diritto di cancellazione del GDPR). In effetti, l'applicazione dell'articolo 21 è espressamente prevista come terzo motivo per il diritto alla cancellazione. Di conseguenza, sia l'articolo 17 che l'articolo 21 del GDPR possono fungere da base giuridica per la cancellazione delle richieste**.*

I Garanti, puntualizzando che il documento redatto riguarda unicamente l'ambito dei motori di ricerca mentre l'art. 17 si applica a tutte le casistiche, ritagliano nell'ambito della disciplina sull'oblio una zona specifica costituita dal "trattamento-indicizzazione on line". Questo mondo di mezzo tra il patrimonio informativo identificativo della persona (interessato) e l'ambito del trattamento originario (es. articolo del quotidiano digitale) è il mondo dell'intelligenza artificiale (il mondo dell'algoritmo). Qui il titolare del trattamento-indicizzazione è una macchina: un operatore ben diverso dall'editore giornalistico. Pertanto molto opportunamente le Linee Guida a pag.4 stabiliscono un netto distinguo: *«vi sono alcune considerazioni da fare quando si applica l'articolo 17 del GDPR in relazione al trattamento dei dati di un fornitore di motori di ricerca. A questo proposito, è necessario dichiarare che il **trattamento** dei dati personali effettuato nel contesto dell'attività del fornitore del **motore di ricerca** deve essere **distinto** dal **trattamento** effettuato dagli **editori** dei siti web come i media che forniscono i contenuti dei **quotidiani online**».*

I motivi dell'oblio: artt. 17 e 21 GDPR

Le Linee Guida sono divise in due argomenti. Il primo argomento riguarda i motivi sui quali una persona interessata può fare affidamento per una richiesta di delisting a un fornitore di motori di ricerca ai sensi dell'articolo 17.1 GDPR. Il secondo argomento riguarda le eccezioni al diritto di richiedere il delisting in conformità dell'articolo 17.3 GDPR. Questo documento sarà integrato da un'appendice dedicata alla valutazione dei criteri per la gestione dei reclami per i rifiuti di delisting.

I Garanti esaminano tutte le lettere del 17.1: la lettera a) legittima l'oblio quando i dati non sono più necessari in quanto si è già raggiunta la finalità del trattamento e non vi è ragione per conservarli ulteriormente; la lettera b) legittima l'oblio quando l'interessato revoca il consenso nei casi in cui quest'ultimo sia la base giuridica del trattamento; la lettera c) legittima l'oblio esercitato per mezzo dell'opposizione ex art. 21 quando vi sia una particolare situazione dell'interessato e il gestore non riesca a dimostrare "*motivi legittimi prevalenti*" per continuare il trattamento; la lettera d) legittima l'oblio quando il trattamento-indicizzazione sia illegale; la lettera e) legittima l'oblio quando la legge stabilisca la cancellazione al termine di un preciso termine di conservazione; la lettera f) legittima l'oblio quando il servizio della società dell'informazione (che può essere anche quello del motore di ricerca) interessi un minore.

Tutti i motivi dell'articolo 17 sono teoricamente applicabili, tuttavia alcuni verranno usati raramente o mai, come la revoca del consenso. Inoltre, l'interessato può fondare la propria richiesta di oblio su più di un motivo: ad esempio sulla lettera a) e sulla lettera c).

Motivo lett. a): finalità raggiunta, il trattamento ulteriore non è più necessario

Nel contesto del diritto di richiedere la cancellazione, deve essere raggiunto l'equilibrio tra la tutela della privacy e gli interessi degli utenti di Internet nell'accesso alle informazioni. In particolare, si deve valutare se, nel corso del tempo, i dati personali siano diventati obsoleti o non siano stati aggiornati. Ad esempio, si può esercitare il diritto di chiedere la cancellazione ai sensi dell'art. 17.1, lett. a) quando:

- le informazioni sull'interessato sono state rimosse dal registro pubblico;
- un collegamento al sito web di un'azienda contiene i dettagli di contatto di una persona che non lavora più in tale impresa;
- le informazioni hanno dovuto essere pubblicate su Internet per un certo numero di anni per soddisfare un obbligo legale e sono rimaste online più a lungo del termine specificato dalla legislazione.

L'ipotesi classica e maggiormente ricorrente della lettera a) si individua quando le informazioni on line diventano inaccurate a causa del corso del tempo fino ad essere obsolete o comunque disallineate con l'attuale identità dell'interessato.

Come si valuta in pratica l'esistenza della fattispecie ex lett. a)? Occorre fare riferimento alla finalità del trattamento originario

Poniamo ad esempio che i dati indicizzati attengano a un articolo di giornale (trattamento originario), la finalità di questo trattamento originario risiede nell'informare e quindi dovremo ricorrere alla tecnica del bilanciamento tra diritto alla privacy e diritto all'informazione tenendo ben presente tuttavia che il trattamento-indicizzazione non ha il fine dell'informazione ma quello di creare un profilo informativo della persona. Pertanto se la notizia è superata (ovvero ha già compiuto la propria finalità di informare) e non esiste un interesse pubblico alla conservazione della stessa, si deve cessare il trattamento originario. A maggior ragione, venendo meno i presupposti del trattamento originario, dovrà cessare l'ulteriore trattamento-indicizzazione.

Motivo lett. b): revoca del consenso

Il motivo di richiesta dell'oblio ex art. 17.1 lett. b) (revoca del consenso) non è applicabile nell'ambito dei motori di ricerca.

La **revoca del consenso** opera come motivo di oblio **per i trattamenti fondati appunto sul consenso** dell'interessato. Il trattamento-indicizzazione non è fondato sul consenso dell'interessato perché viene eseguito dalla macchina intelligente (motore di ricerca) senza chiedere preventivamente nessuna autorizzazione. Pertanto la persona che non vuole più che i propri dati vengano indicizzati deve fondare la propria richiesta di oblio sul motivo dell'art. 17.1 lett. c) anziché su quello della lett. b). In definitiva, per ottenere l'oblio, l'interessato deve presentare opposizione all'indicizzazione ex art. 17.1 lett. c).

L'opposizione costituisce la valvola di sicurezza del sistema-oblio perché, grazie alla sua mancanza di specificità, offre sempre la possibilità di richiedere il blocco del trattamento (oblio) sebbene la "particolare situazione" dell'interessato non si collochi in nessuna delle ipotesi specifiche ex art.17.1, ammesso che il gestore non riesca a provare l'esistenza di "motivi legittimi prevalenti" per continuare il trattamento.

I Garanti osservano riportando le parole della CGUE 24.09.19, C-136-17 (la "sentenza Google 2"): «(...) il consenso deve essere "specifico" e deve pertanto riferirsi specificamente al trattamento effettuato in relazione all'attività del motore di ricerca (...). In pratica, è appena concepibile (...) che l'operatore di un motore di ricerca chieda il consenso esplicito degli interessati prima di elaborare i dati personali che li riguardano ai fini della sua attività di riferimento. In ogni caso, (...) **il semplice fatto che una persona faccia una richiesta di de-referencing significa, in linea di principio, almeno al momento della richiesta, che non acconsente più al trattamento effettuato dall'operatore del motore di ricerca**».

Motivo lett. c): opposizione ex art. 21. Inversione dell'onere della prova e "motivi legittimi prevalenti"

Senza dubbio l'interpretazione applicativa che i Garanti fanno di questo motivo costituisce **"la svolta"** nei parametri valutativi adottabili per decidere le questioni di diritto all'oblio nei motori di ricerca. **L'opposizione costituisce la massima affermazione dell'oblio quale diritto all'autodeterminazione informativa digitale.**

Mi oppongo perché i dati sono miei e li gestisco come voglio (autodeterminazione informativa). Sei tu che li usi senza autorizzazione che devi provare l'esistenza di "motivi legittimi prevalenti" in grado di consentire la prosecuzione del trattamento.

In pratica si sostiene che di fronte alla rappresentata situazione particolare dell'interessato (es. l'indicizzazione impatta in modo pregiudizievole sulla ricerca del lavoro oppure sulla reputazione professionale o personale dell'interessato), il trattamento-indicizzazione può continuare soltanto se il gestore riesce a dimostrare "motivi legittimi prevalenti". I Garanti sono molto chiari al riguardo a pag. 7 delle Linee Guida:

«Ai sensi della Direttiva, l'interessato ha dovuto basare la sua richiesta "su validi motivi legittimi relativi alla sua situazione particolare".

In relazione al GDPR, l'interessato può opporsi a un trattamento "per motivi relativi alla sua situazione particolare". Non deve quindi più dimostrare "validi motivi legittimi".

Il GDPR modifica pertanto l'onere della prova, fornendo una presunzione a favore dell'interessato obbligando al contrario il titolare del trattamento a dimostrare "validi motivi legittimi per il trattamento" (articolo 21.1). Di conseguenza, quando un fornitore di motori di ricerca riceve una richiesta di cancellazione in base alla particolare situazione dell'interessato, deve ora cancellare i dati personali, ai

sensi dell'articolo 17.1.c GDPR, a meno che non possa dimostrare "motivi legittimi prevalenti" per la quotazione del risultato specifico della ricerca, (...)

Il fornitore del motore di ricerca può stabilire qualsiasi "motivo legittimo prevalente", inclusa qualsiasi esenzione prevista dall'articolo 17.3 del GDPR. Tuttavia, se il fornitore del motore di ricerca non riesce a dimostrare l'esistenza di motivi legittimi l'interessato ha diritto di ottenere il delisting ai sensi dell'articolo 17.1.c GDPR».

Motivo lett. d): trattamento illegale

L'interessato può richiedere la cancellazione dei dati personali che lo riguardano nel caso in cui i suoi dati personali siano stati trattati in violazione di legge. La nozione di trattamento illecito deve essere interpretata alla luce dell'articolo 6 del GDPR dedicato alla liceità del trattamento. Altri principi stabiliti ai sensi del GDPR (come i principi dell'articolo 5 del GDPR o di altre disposizioni del capitolo II) possono servire a tale interpretazione. Inoltre, in questo contesto, si può intendere quale trattamento illegale anche quello compiuto in violazione di un provvedimento di un tribunale (es. ingiunzione).

Motivo lett. e): obbligo giuridico di cancellazione

L'interessato può chiedere a un fornitore di motori di ricerca di cancellare uno o più risultati di ricerca se i dati personali devono essere cancellati in conformità con un obbligo legale nel diritto dell'Unione o degli Stati membri a cui il fornitore del motore di ricerca è soggetto.

Il rispetto di un obbligo legale può derivare da un'ingiunzione, da una richiesta esplicita da parte della legge nazionale o dell'UE di essere sottoposto a un "obbligo legale di cancellazione" o la semplice violazione da parte del titolare del trattamento del periodo di conservazione. A scopo illustrativo, il periodo di conservazione dei dati è fissato da un testo che non è stato rispettato (questa ipotesi riguarda principalmente i file pubblici). Questo caso potrebbe forse comprendere l'ipotesi di dati non anonimi o identificativi disponibili in dati aperti.

Motivo lett. f): cancellazione dati dei minori indicizzati dal motore di ricerca

L'interessato può richiedere a un fornitore di motori di ricerca di eliminare uno o più risultati se i dati personali sono stati raccolti in relazione all'offerta di ISS ("fornitura diretta di servizi della società dell'informazione") a un bambino di cui all'articolo 8, paragrafo 1, del GDPR. I Garanti dicono che: **«l'articolo riguarda la fornitura diretta di ISS e nessun altro tipo di elaborazione. Il GDPR non definisce la ISS; piuttosto, fa riferimento alle definizioni esistenti nel diritto dell'UE. Vi sono alcune difficoltà di interpretazione in quanto il considerando 18 della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 fornisce una definizione sia ampia che ambigua della nozione di "fornitura diretta di servizi della società dell'informazione". Indica principalmente che questi servizi "coprono una vasta gamma di attività economiche che si svolgono online", ma specifica che non sono limitati a "servizi che danno luogo a contratti online ma anche, nella misura in cui rappresentano un'attività, si estendono ai servizi che non sono remunerati da coloro che li ricevono, come quelli che offrono informazioni online o comunicazioni commerciali, o quelli che forniscono strumenti che consentono la ricerca, l'accesso e il recupero dei dati", delineando i criteri di attività economica».**

Alla luce di quanto sopra, i Garanti deducono che i gestori dei motori di ricerca rientrano negli ISS e che quindi **dovrebbero eliminare un contenuto relativo a un minore, tenendo conto del fatto che l'applicazione dell'articolo 17.1.f GDPR dipende anche dal contesto della raccolta di dati personali da parte del titolare del trattamento originale.** In particolare, la data di inizio del trattamento da parte del

sito web originale deve essere presa in considerazione quando l'interessato richiede la cancellazione di un contenuto per questo motivo.

Le eccezioni all'oblio ex art. 17.3: un capitolo tutto da dimostrare

I Garanti osservano che l'art. 17.1 (regola del diritto all'oblio) e l'art. 17.3 (eccezioni) costituiscono i poli della costante dialettica tra privacy e informazione, tra privacy e interesse pubblico, tra privacy e sanità pubblica, tra privacy e ricerca, tra privacy e difesa legale. Questi poli contrapposti attengono al rapporto tra interessato e trattamento originario (es. tra protagonista dell'articolo e giornale digitale); difficilmente trovano applicazione nel rapporto tra interessato e trattamento ulteriore (indicizzazione) perché il gestore del motore di ricerca ha finalità totalmente diverse da quelle dell'editore. **L'editore lavora per fornire informazione al pubblico mentre il gestore lavora per l'interesse privato di far accedere i propri utenti al profilo informativo dell'interessato derivato dall'indicizzazione (profilazione a seguito di processo automatico).** Di conseguenza, il gestore non può invocare l'art. 17.3 lett. a) per continuare il trattamento-indicizzazione salvo che non dimostri che l'eccezione costituisca il "motivo legittimo prevalente" idoneo a conservare il trattamento. Poniamo ad esempio che il motore di ricerca - indicizzando varie notizie relative a un'inchiesta giudiziaria subita dall'interessato - ne riporti un profilo informativo perfettamente aggiornato. Dopo alcuni anni viene richiesto il diritto all'oblio. **Cosa dovrebbe decidere il gestore? Non può utilizzare l'eccezione del diritto all'informazione ex art. 17.3 lett. a) quale "motivo legittimo prevalente" perché l'informazione è la finalità dell'editore e non la propria. Potrebbe addurre quale "motivo legittimo prevalente" l'eccezione dell'interesse pubblico ex art. 17.3 lett. b) però deve dimostrarne l'esistenza.** Se l'interessato è un privato cittadino senza alcun rilievo di figura pubblica, non esiste l'interesse pubblico alla conservazione del trattamento-indicizzazione e quindi il gestore deve bloccare il trattamento e concedere l'oblio. Se l'interessato è un cittadino-figura pubblica, l'interesse pubblico esiste ovvero persiste e quindi il gestore può addurre il "motivo legittimo-interesse pubblico" ex art. 17.3 lett. b) e continuare l'indicizzazione.

I Garanti sottolineano che la CEDU ha distinto tra la legittimità che un editore web può avere per diffondere informazioni e la legittimità del fornitore del motore di ricerca. La Corte ha riconosciuto che l'attività di un editore web può essere svolta esclusivamente a scopo giornalistico mentre quella del motore di ricerca viene svolta anche per interessi privati del gestore.

A questo proposito, nella sentenza "M.L. e W.W. vs Germany" del 28 giugno 2018, la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) indica che il bilanciamento degli interessi in questione può portare a risultati diversi a seconda della richiesta in gioco distinguendo *"(i) una richiesta di cancellazione proposta contro l'editore originale la cui attività è al centro di ciò che la libertà di espressione mira a proteggere da (ii) una richiesta presentata contro il motore di ricerca il cui primo interesse non è quello di pubblicare le informazioni originali sull'interessato ma in particolare di consentire l'identificazione di qualsiasi informazione disponibile su questa persona e stabilendo così il suo profilo"*.

Il fornitore del motore di ricerca può stabilire qualsiasi "motivo legittimo prevalente", inclusa qualsiasi esenzione prevista dall'articolo 17.3 del GDPR. Tuttavia, se il gestore non riesce a dimostrare l'esistenza di motivi legittimi prevalenti, l'interessato ha diritto di ottenere il delisting ai sensi dell'articolo 17.1.c GDPR.

Alla luce di quanto osservato, **i Garanti avvertono che le eccezioni ex art. 17.3 di regola non possono essere fruite dal gestore salvo i casi in cui costituiscano dei "motivi legittimi prevalenti". Il che è tutto da dimostrare.**

Eccezione lett. a): diritto all'informazione e libertà di espressione

L'applicazione di questa esenzione al motore di ricerca risulta piuttosto difficile come abbiamo già visto sopra.

Eccezione lett. b): adempimento di un obbligo legale, esecuzione di un compito svolto nell'interesse pubblico

I fornitori di motori di ricerca non producono né presentano informazioni. Pertanto, sembra improbabile che la legislazione degli Stati membri includa l'obbligo per i fornitori di motori di ricerca di pubblicare alcuni tipi di informazioni. Quindi il gestore raramente potrà adottare l'esenzione dell'obbligo di legge ex art. 17.3 lett. b) quale "motivo legittimo prevalente".

Il gestore più facilmente potrà addurre l'esenzione dell'interesse pubblico ex art. 17.3 lett. b) quale "motivo legittimo prevalente" come abbiamo già visto nel caso della notizia superata ma riferita a cittadino-figura pubblica.

Eccezione lett. c): ragioni di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica

Non sembra probabile che la legge di uno Stato membro o dell'Unione possa stabilire una relazione tra l'attività del fornitore del motore di ricerca e il mantenimento delle informazioni o di una categoria di informazioni nei risultati del fornitore del motore di ricerca con la realizzazione di scopi di interesse pubblico in materia di sanità pubblica.

Questa conclusione è più evidente se si considera che l'effetto del delisting è solo che alcuni risultati vengono eliminati dalla pagina dei risultati che si ottiene quando si inserisce un nome come criterio di ricerca.

Eccezione lett. d): archiviazione a fini di interesse pubblico, scopi di ricerca scientifica o storica o scopi statistici ai sensi dell'articolo 89, paragrafo 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 può rendere impossibile o compromettere gravemente il conseguimento degli obiettivi di quell'elaborazione

In questo scenario, il fornitore del motore di ricerca deve essere in grado di dimostrare che il delisting di un determinato contenuto nella pagina dei risultati costituisce un grave ostacolo o impedisce completamente il raggiungimento di scopi di ricerca scientifica o storica o scopi statistici. La possibilità che la soppressione dei risultati possa influire in modo significativo sugli scopi di ricerca o statistici perseguiti dagli utenti del servizio del fornitore del motore di ricerca non è rilevante ai fini dell'applicazione di questa esenzione. Va anche notato che tali scopi possono essere perseguiti obiettivamente dal fornitore del motore di ricerca, senza che sia necessario un collegamento tra il nome dell'interessato e i risultati della ricerca.

Eccezione lett. e): Istituzione, esercizio o difesa di rivendicazioni legali

In linea di principio, è molto improbabile che i fornitori di motori di ricerca possano utilizzare questa esenzione per respingere le richieste di delisting dell'articolo 17 del GDPR. Va ulteriormente sottolineato che una richiesta di cancellazione suppone la soppressione di determinati risultati dalla pagina dei risultati di ricerca che il fornitore del motore di ricerca offre quando il nome di un soggetto dei dati viene normalmente utilizzato come criterio di ricerca. Le informazioni rimangono accessibili usando altri termini di ricerca.