

PAOLA PIRODDI

PROFILI INTERNAZIONALPRIVATISTICI DELLA RESPONSABILITÀ DEL GESTORE DI UN MOTORE DI RICERCA PER IL TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. I fatti davanti alla Corte di giustizia. — 3. I criteri di applicabilità della direttiva 95/46 quando il responsabile del trattamento è stabilito in uno o più Stati membri: la lett. a) dell'art. 4, par. 1. — 4. I criteri di collegamento nei casi nei quali il responsabile del trattamento non è stabilito nel territorio di uno Stato membro: la lett. c) dell'art. 4, par. 1. — 5. La natura giuridica dell'art. 4. — 6. I vizi argomentativi delle conclusioni dell'avvocato generale e della sentenza della Corte di giustizia. — 7. L'art. 3 della proposta di regolamento di riforma della direttiva. In particolare: il « *targeting test* ».

1. INTRODUZIONE.

La questione internazionalprivatistica è al centro della direttiva 95/46/CE, che definisce il quadro generale del trattamento dei dati personali e della libertà di circolazione di tali dati tra Stati membri dell'Unione europea e membri dell'Accordo relativo allo spazio economico europeo¹.

Emanata sulla base dell'art. 100A Tr. CE, relativo al ravvicinamento delle legislazioni nel quadro del mercato interno (ora

* Il presente contributo è stato richiesto dalla Direzione della Rivista, la quale lo ha — secondo le prassi accademiche correnti nel caso di simposi o commentari — previamente valutato. Gli autori hanno potuto prendere visione dei contributi degli altri commentatori ai fini di maggiore completezza e per un effettivo dialogo scientifico.

¹ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *G.U.*, L 281 del 23 novembre 1995, p. 31

ss., successivamente modificata dall'all. II al regolamento (CE) n. 1832/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 settembre 2003 recante adeguamento alla decisione n. 1999/468/CE del Consiglio delle disposizioni relative ai comitati che assistono la Commissione nell'esercizio delle sue competenze di esecuzione previste negli atti soggetti alla procedura prevista all'art. 251 Tr. CE, *ibid.*, L 284 del 31 ottobre 2003, p. 1 ss. La direttiva è stata inserita nell'Accordo relativo allo « spazio economico europeo » (« SEE/EEA ») con l'art. 2 della decisione del Comitato misto SEE n. 83/1999 del 25 giugno 1999, che modifica il

art. 114 TFUE), la direttiva persegue l'obiettivo di garantire la libertà di circolazione dei dati personali attraverso l'armonizzazione delle legislazioni nazionali sulla tutela delle persone fisiche rispetto al trattamento di questi dati. Infatti, una volta eliminato il « divario nei livelli di tutela dei diritti e delle libertà » individuali garantiti negli Stati membri relativamente al trattamento di dati personali » (considerando 7 e 8), data la protezione equivalente derivante dal ravvicinamento delle legislazioni nazionali, « gli Stati membri non [avrebbero potuto] più ostacolare la libera circolazione tra loro di dati personali per ragioni inerenti alla tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, segnatamente del diritto alla vita privata » (considerando 9)². Il testo della direttiva evidenzia chiaramente l'intento del legislatore di attribuire una funzione strumentale al diritto alla protezione dei dati personali rispetto alla libertà di circolazione di tali dati nel mercato interno: « gli Stati membri non possono restringere o vietare la libera circolazione dei dati personali tra Stati membri, per motivi connessi alla tutela... dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali » (art. 1, par. 2 e 1).

I criteri di applicabilità territoriale delle misure legislative nazionali di trasposizione della direttiva, stabiliti dall'art. 4, svolgono una funzione cruciale nel perseguimento del principale obiettivo che il legislatore si era prefisso con la direttiva, cioè la garanzia della libertà di circolazione dei dati personali nel mercato interno³. L'art. 4 è una (complicata) versione della clausola « mercato interno », che sancisce una sorta di principio dello Stato di origine: vista la mancanza di disposizioni vincolanti di armonizzazione a livello dell'Unione, al fine di garantire la libertà di circolazione dei dati personali nel mercato interno, la direttiva obbliga il legislatore nazionale a provvedere affinché il responsabile del trattamento dei dati personali stabilito sul territorio di uno Stato membro rispetti le misure nazionali di recepimento della direttiva in vigore nello Stato di stabilimento (mentre il responsabile non stabilito rispetterà le disposizioni nazionali in vigore nello Stato membro nel quale si trova la strumentazione

protocollo n. 37 e l'all. XI (servizi di telecomunicazione) dell'Accordo « SEE » (*ibid.*, L 296 del 23 novembre 2000, p. 41 ss.). Inoltre, la direttiva è stata inclusa nell'all. B dell'Accordo del 26 ottobre del 2004 tra l'UE, la CE e la Confederazione svizzera (che non è Stato contraente dell'Accordo SEE, ma è parte dell'« Associazione europea di libero scambio », « AELS/EFTA »), riguardante l'associazione di quest'ultima

all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen (*ibid.*, L 53 del 27 febbraio 2008, p. 52 ss.).

² Cfr. le conclusioni dell'avv. gen. A. TIZZANO presentate il 19 settembre 2002, nel caso *Bodil Lindqvist*, in causa C-101/01, in *Racc.*, 2003, p. I-12971 ss., par. 39.

³ Cfr. la prima Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva sulla tutela dei dati cit., p. 17, par. 4.4.1.

che utilizza, a determinate condizioni, per il trattamento dei dati personali)⁴.

Tuttavia, la direttiva 95/46/CE persegue anche l'obiettivo di garantire la tutela dei diritti delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali. L'entrata in vigore della direttiva ha segnato in particolare l'avvio di un percorso volto al riconoscimento nella Comunità europea del diritto soggettivo alla protezione dei dati personali come diritto fondamentale dell'individuo. Se l'art. 286 Tr. CE, inserito dal Trattato di Amsterdam (ex art. 213B), si è limitato a estendere l'applicazione della direttiva alle istituzioni e agli organi comunitari e a prevedere la nascita del « Garante europeo della protezione dei dati »⁵, l'art. 16 TFUE, recuperando l'art. I-51 Tr. Cost., ha introdotto il diritto fondamentale di « ogni persona » alla protezione dei dati che la riguardano⁶. L'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla quale il Trattato di Lisbona ha attribuito lo stesso valore giuridico dei trattati (art. 6, par. 1 TUE), ha riaffermato l'inviolabilità di questo diritto, anche se la Corte di giustizia ha ritenuto che non si tratti di una prerogativa assoluta né incondizionata, ma di una garanzia che può essere limitata in considerazione della sua « funzione sociale »⁷. Le limitazioni che possono essere legittimamente apposte al diritto fondamentale alla protezione dei dati personali sancito dall'art. 8 della Carta corrispondono a quelle tollerate per il diritto alla riservatezza, tutelato nel quadro del rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (« CEDU »). In applicazione dell'art. 6, par. 3 TUE, che ha attribuito efficacia vincolante all'art. 8 CEDU quale parte dei principi generali dell'UE⁸, e dell'art. 52, par. 3 della Carta, il diritto alla protezione dei dati personali deve

⁴ V. *infra*, rispettivamente, par. 3 e 4.

⁵ Il Garante europeo è stato istituito dall'art. 41 del regolamento (CE) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2000 concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati, in G.U., L 8 del 12 gennaio 2001, p. 1 ss.

⁶ Questa norma costituisce attualmente la base giuridica generale per le misure dell'Unione relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale e alla libertà di circolazione di tali dati: cfr. P. PIRODDI, *Art. 16 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, 2ª ed., Padova, 2014, p. 189 ss. Una base giuridica speciale destinata al settore della politica

estera e di sicurezza comune è prevista dall'art. 39 TUE: v. A. LANG, *Art. 39 TUE*, *ibid.*, p. 123.

⁷ Corte di giustizia, 12 giugno 2003, *Schmidberger*, in causa C-112/00, in *Racc.*, 2003, p. I-5659 ss., par. 80 e giurisprudenza *ivi cit.*; 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke*, nelle cause riunite C-92/09 e C-93/09, *ibid.*, 2010, p. I-11063 ss., par. 48. Cfr. anche Corte di giustizia, 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, in causa C-101/01, *ibid.*, 2003, p. I-12971 ss., par. 82-90; 16 dicembre 2008, *Satamedia*, in causa C-73/07, *ibid.*, 2008, p. I-9831 ss., par. 50-62.

⁸ In specifica relazione al diritto alla protezione dei dati personali, cfr. Corte di giustizia, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke* cit., par. 47 ss., nella quale la Corte mette in stretta relazione l'art. 8 CEDU e gli artt. 7 e 8 della Carta attraverso il riferimento all'art. 52, n. 3 e

essere interpretato anche in conformità alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 8 CEDU. In realtà, il diritto alla protezione dei dati personali si è emancipato dal diritto alla riservatezza delle persone fisiche ex art. 8 CEDU già con la convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone con riferimento al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale, firmata a Strasburgo il 28 gennaio 1981;⁹ tuttavia, su questo strumento, aperto anche all'adesione di Stati non membri del Consiglio d'Europa, la Corte europea dei diritti dell'uomo non esercita giurisdizione.

Via via che il diritto alla protezione dei dati personali è si rafforzato nell'Unione europea¹⁰, acquistando la natura di diritto fondamentale dell'individuo, l'interpretazione dell'art. 4 della direttiva si è modificata in conseguenza di questa evoluzione: l'art. 4 non è più stato visto come una clausola « mercato interno », così come era stata concepita in origine dal legislatore,

all'art. 53 della stessa Carta, creando in tal modo un anello di congiunzione tra la CEDU il sistema di tutela dei diritti fondamentali proprio dell'ordinamento giuridico dell'UE.

⁹ Convenzione STCE n. 108, entrata internazionalmente in vigore il 1° ottobre 1985, per l'Italia il 1° luglio 1997 e per la CE il 15 giugno 1999 (v. *Amendments to the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (ETS No. 108) allowing the European Communities to accede*, adottati dal Comitato dei Ministri a Strasburgo il 15 giugno 1999. Cfr. anche il Protocollo addizionale alla Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati a carattere personale, concernente le autorità di controllo ed i flussi transfrontalieri (STCE n. 181), firmato a Strasburgo l'8 novembre 2001, entrato in vigore il 1° luglio 2004. Sulla convenzione cfr., per tutti, F. HENKE, *Die Datenschutzkonvention des Europarates*, Frankfurt a.M.-Bern-New York, 1986, p. 5 ss. Sulla genesi del diritto alla protezione dei dati personali dal diritto alla riservatezza e, in definitiva, del diritto al rispetto della vita privata, cfr. P. PIRODDI, *Art. 8 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve cit.*, p. 1682 ss.

¹⁰ Cfr., ad es., la differenza che intercorre tra l'affermazione della Corte di giustizia, nella sentenza 20 maggio 2003, *Österreichischer Rundfunk*, nelle cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, in *Racc.*, p. I-4989 ss. par. 70: « La stessa direttiva 95/46, pur avendo come obiettivo principale quello di garantire la libera circolazione dei

dati personali, prevede, al suo art. 1, n. 1, che '[g]li Stati membri garantiscono (...) la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali' »; e l'ammissione di segno contrario che si rinviene nella sentenza 7 maggio 2009, *Rijkeboer*, in causa C-553/07, *ibid.*, 2009, p. I-3889 ss., par. 46: « Ai sensi dell'art. 1 della direttiva, il suo obiettivo è tutelare le libertà e i diritti fondamentali delle persone fisiche, in particolare la loro vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali, e permettere, in tal modo, la libera circolazione dei dati tra gli Stati membri ». In crescendo, cfr. altresì la categorica dichiarazione secondo la quale « L'art. 1 della direttiva 95/46 prescrive agli Stati membri di garantire la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche, in particolare della loro vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali », di cui alla sentenza del 16 dicembre 2008, *Huber*, in causa C-524/06, *ibid.*, 2011, p. I-9705, par. 47, ripetuta nella sentenza 24 novembre 2011, *ASNEF e FECEDM*, nelle cause riunite C-468/10 e C-469/10, *ibid.*, 2011, p. I-12181 ss., par. 25. Sotto questo aspetto, è evidente che l'interpretazione della direttiva non è stata conforme al principio di effettività, poiché non ha realizzato tutte le finalità perseguite dall'atto: sul principio di effettività cfr., da ultimo, Corte di giustizia, 6 maggio 2010, *Club Hotel Loutraki*, nelle cause riunite C-145/08 e C-149/08, *ibid.*, 2010, p. I-4165 ss., par. 74 e giurisprudenza ivi cit. Tuttavia, v., da ultimo, la dichiarazione equilibrata della Corte di giustizia, nella sentenza 7 novembre 2013, *IPI*, in

ma come una vera e propria norma di diritto internazionale privato, alla quale è stata attribuita la funzione di determinare la legge applicabile al trattamento dei dati personali nell'Unione, delimitando così i confini nello spazio del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dall'ordinamento europeo. Nel contempo, l'esigenza di estendere la protezione individuale che consegue al carattere fondamentale del diritto alla tutela dei dati personali, che ha indotto ad escludere qualsiasi interpretazione riduttiva delle disposizioni sostanziali della direttiva, ha spinto anche a dilatare oltremisura i criteri di applicabilità territoriale contenuti nella direttiva. Questo ha condotto ad una prassi di applicazione esorbitante della legislazione nazionale degli Stati membri, che invece di contribuire a promuovere la libertà di circolazione dei dati personali nel mercato interno, ha creato un ostacolo alla libertà di prestazione dei servizi nel settore dell'*information technology*, rischiando di isolare il mercato interno in settori fondamentali del trasferimento internazionale di dati, e di ridurre lo spazio economico europeo ad un'area puramente domestica o regionale.

Il « disperato bisogno » del settore delle tecnologie dell'informazione di criteri di collegamento più adeguati per la definizione della legge applicabile al trattamento dei dati personali è stata una tra le principali ragioni che hanno convinto la Commissione ad intraprendere la revisione della direttiva¹¹. Nel pacchetto di riforma del quadro generale della protezione dei dati personali nell'Unione europea presentato dalla Commissione, la proposta di regolamento, destinato a sostituire la direttiva¹², contiene criteri

causa C-473/12, non ancora pubbl., par. 28: « Risulta dai considerando 3, 8 e 10 della direttiva 95/46 che il legislatore dell'Unione ha inteso facilitare la libera circolazione dei dati personali ravvicinando le legislazioni degli Stati membri pur salvaguardando i diritti fondamentali della persona, in particolare il diritto alla tutela della vita privata, e garantendo un elevato grado di tutela nell'Unione ».

¹¹ Cfr. le conclusioni dello studio sponsorizzato dalla Commissione *Comparative Study on Different Approaches to New Privacy Challenges, in Particular in the Light of Technological Developments. Final Report*, 20 gennaio 2010, in http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/new_privacy_challenges/final_report_en.pdf, p. 26, riprese sia da « THE ARTICLE 29 WORKING PARTY ON THE PROTECTION OF INDIVIDUALS WITH REGARD TO THE PROCESSING OF PERSONAL DATA » (d'ora in avanti « THE ARTICLE 29 WORKING PARTY »: v. *infra*, nota 31), *Opinion 8/2010 on Applicable Law*, adot-

tata il 16 dicembre 2010, 0836-02/10/EN, WP 179, p. 5, sia dalla comunicazione della Commissione *Un approccio globale alla protezione dei dati personali nell'Unione europea*, del 4 novembre 2010, COM(2010)609 def., p. 11. Cfr. anche THE EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (v. *supra*, nota 5), *Opinion on the Communication from the Commission « A comprehensive approach on personal data protection in the European Union »*, in [http://ec.europa.eu/bepaleuropean-group-ethics/docs/activities/peter_hustinx_presentation_\(2\)_15th_rt_2011.pdf](http://ec.europa.eu/bepaleuropean-group-ethics/docs/activities/peter_hustinx_presentation_(2)_15th_rt_2011.pdf), p. 5. V. altresì, già in questo senso, la prima Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva sulla tutela dei dati cit., p. 17.

¹² Cfr. la proposta relativa ad un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati, COM(2012)11 def. - 2012/0011(COD). Gli altri atti che fanno parte del « pac-

di collegamento di natura indiscutibilmente internazionalprivatistica, che svolgono la funzione di determinare la legge applicabile al trattamento dei dati personali da parte degli Stati membri dell'Unione europea e dell'Accordo sullo spazio economico europeo.

L'*iter* legislativo della proposta è stato tuttavia rallentato da forti contrasti tra istituzioni e Stati membri¹³, che si sono accentuati dopo la prima lettura del Parlamento europeo: infatti, pur approvando il testo proposto dalla Commissione, il Parlamento ha apposto emendamenti tali da sbilanciare il nuovo regolamento verso la protezione sostanziale di un diritto individuale, più che verso il buon funzionamento del mercato interno¹⁴. La Commissione, nella relazione di accompagnamento alla proposta originaria, aveva tuttavia sottolineato che la regolamentazione del trattamento dei dati personali costituisce un pilastro centrale del sostegno alla crescita dei servizi relativi alle tecnologie dell'informazione nel mercato interno, e che la riforma della direttiva costituisce una delle componenti chiave del piano d'azione per l'attuazione dell'« Agenda digitale europea » e della stessa strategia « Europa 2020 »¹⁵. Il difficile esercizio di equilibrio richiesto al legislatore per contemperare le due anime della disciplina del trattamento dei dati personali appare quindi ancora lontano dall'esser risolto. In attesa della posizione comune del Consiglio¹⁶, inoltre, i conflitti sono stati rinfocolati dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Digital Rights Ireland*, che ha annullato

chetto » sono la comunicazione della Commissione *Salvaguardare la privacy in un mondo interconnesso - Un quadro europeo della protezione dei dati per il XXI secolo*, COM(2012)9 def.; una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati (COM(2012)10 def. - 2012/0010 (COD)), destinata a sostituire la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale (in *G.U.*, L 350 del 30 dicembre 2008, p. 60 ss.); e infine una relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, basata sull'art. 29, par. 2, della decisione quadro 2008/977/GAI (doc. COM(2012)12, con l'allegato SEC(2012) 75 def.), relativa all'attuazione di questa decisione negli Stati membri.

¹³ Cfr. N. VANDYSTADT, *Open Clash Pits Reding against Council over Data Protection*, in *Europolitics*, n° 4768/2013 del 9 dicembre 2013, p. 9.

¹⁴ Risoluzione legislativa del Parlamento eur. del 12 marzo 2014 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati) (COM(2012)0011 - C7-0025/2012 - 2012/0011(COD)) (Procedura legislativa ordinaria: prima lettura) P7_TA(2014)0212 del 12 marzo 2014.

¹⁵ Cfr. Commissione, doc. COM(2012)11 def. - 2012/0011(COD) cit., p. 2, par. 1, in riferimento all'Comunicazione della Commissione *Un'agenda digitale europea*, COM(2010) 245 def. del 19 maggio 2010; Comunicazione della Commissione *EUROPA 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010)2020 def. del 3 marzo 2010.

¹⁶ Il 6 giugno 2014 si è riunito a Lussemburgo il Consiglio GAI, durante il quale

la direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati, ritenendo il livello di salvaguardia dei dati personali insufficiente a soddisfare i requisiti posti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁷.

In questa fase delicatissima, la Corte di giustizia è chiamata, nel caso *Google Spain SL e Google Inc.*¹⁸, a interpretare per la prima volta, dopo quasi vent'anni dall'entrata in vigore della direttiva, i criteri di applicabilità territoriale delle misure nazionali di recepimento degli Stati membri stabiliti dall'art. 4 della direttiva. La Corte conferma la prassi relativa all'interpretazione estensiva delle condizioni di applicazione delle legislazioni nazionali di trasposizione della direttiva; così facendo, tuttavia, evidenzia inevitabilmente tutte le contraddizioni insite nei criteri di applicabilità della direttiva, segnando così la condanna dell'art. 4. Per altro verso, la sentenza, che richiama in più punti il contenuto internazionalprivatistico della proposta della Commissione relativa al nuovo regolamento, ancora *in fieri*, contribuisce significativamente a delineare i futuri contorni delle disposizioni di diritto internazionale privato che determineranno la legge applicabile alla protezione dei dati personali per gli Stati membri dell'Unione europea.

i ministri hanno raggiunto l'orientamento generale parziale sul capo quinto della proposta di regolamento. Inoltre, si è tenuto un dibattito orientativo circa il meccanismo «one-stop shop»: cfr. nota della Presidenza del Consiglio al Coreper/Consiglio, doc. 10139/14, 2012/0011(COD) del 26 maggio 2014. Cfr. anche le conclusioni del Consiglio di Lussemburgo del 7 ottobre 2013, n. 14525/13, che supporta l'«one-stop shop» e i principi di prossimità e coerenza.

¹⁷ Corte di giustizia, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, nelle cause riunite C-293/12 e C-594/12, non ancora pubbl., che ha dichiarato invalida e annullato la direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE (in *G.U.*, L 105 del 13 aprile 2006, p. 54 ss.), perché consente un'ingerenza ingiustificata, di vasta portata, e di particolare gravità nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale, garantiti dagli artt. 7 e 8 della Carta, e perché eccede i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità alla luce dell'art. 52, par. 1 della stessa Carta.

¹⁸ Corte di giustizia (Grande sezione), 13 maggio 2014, in causa C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'*Audiencia Nacional* (Spagna), con decisione del 27 febbraio 2012, non ancora pubbl. Le conclusioni sono dell'avv. gen. N. JÄÄSKINEN, presentate il 25 giugno 2013, non ancora pubbl. Per alcuni commenti alle conclusioni dell'avv. gen. cfr. P.-A. DUBOIS, *Search Engines and Data Protection: A Welcome Practical Approach by the Advocate General*, in *Computer and Telecommunications Law Rev.*, 2013, p. 206 ss.; S. ALICH, L. SAGALOV, *Konzernverbundene Unternehmen ohne Datenverarbeitung als Anknüpfungspunkt umfassender datenschutzrechtlicher Verantwortlichkeit?*, in *Computer und Recht*, 2013, p. 783 ss.; A. STADLER, R. TOMAN, *Limited Liability of Internet Search Engine Service Providers for Data Protection of Personal Data Displayed on Source Web Pages*, in *Eur. Law Rep.*, 2013, p. 286 ss.; B. VAN ALSENJOY, A. KUCZERAWY, J. AUSLOOS, *Search Engines after Google Spain: internet@liberty or privacy@peril*, ICRI Working Paper, n. 15/2013, 6th September 2013, in <https://www.law.kuleuven.be/icri/ssrn.php>.

2. I FATTI DAVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA.

Il rinvio pregiudiziale è stato sollevato dall'Audiencia Nacional, organo giurisdizionale specializzato, con sede a Madrid, nel quadro di una controversia che ha contrapposto le società Google Spain SL e Google Inc. a un cittadino spagnolo, domiciliato in Spagna, Mario Costeja González, e all'Agencia Española de Protección de Datos (« AEPD »), l'autorità garante per la tutela dei dati personali della Spagna.

Mario Costeja González aveva verificato che, inserendo il suo nome sul motore di ricerca Google, tra i risultati indicizzati compariva un link verso alcune pagine della versione elettronica del quotidiano « La Vanguardia » dell'anno 1998 sulle quali figurava una pubblicità legale per la vendita all'asta di un immobile di proprietà dello stesso Costeja González, a seguito di un pignoramento effettuato per la riscossione coattiva di crediti previdenziali. Egli aveva quindi presentato un reclamo all'AEPD contro « La Vanguardia Ediciones » SL, e contro Google Spain SL e Google Inc. Quest'ultima è la società madre del gruppo Google, con sede in California, e gestisce direttamente il motore di ricerca, nelle differenti versioni disponibili nelle diverse lingue nazionali. Google Spain SL, con sede sociale a Madrid, è una delle filiali, con personalità giuridica autonoma, costituite da Google Inc. in vari Paesi europei ed extraeuropei, che operano in qualità di agenti commerciali e rappresentanti locali del gruppo per la promozione, lo sviluppo e la vendita a terzi di prodotti e di servizi di pubblicità online, in particolare di spazi pubblicitari generati sul sito dello stesso motore di ricerca. Google permette infatti, attraverso la piattaforma *AdWords*, di far apparire tra i risultati di una ricerca anche link pubblicitari a pagamento, mediante la selezione di una o più parole chiave, qualora tale o tali parole coincidano con quella o quelle contenute nella richiesta indirizzata al motore di ricerca (*keyword advertising*). In aggiunta a questo, Google offre anche un servizio di sponsorizzazione, affiliando, tramite il programma *AdSense*, siti esterni che presentano determinati requisiti. Le controllate locali di Google svolgono sostanzialmente un'attività di intermediazione diretta ad inserzionisti locali (che acquistano annunci pubblicitari tramite *AdWords*) e editori terzi (che ospitano la pubblicità contestuale *AdSense* sui propri siti), remunerandosi con una percentuale sull'investimento pubblicitario, senza ingerirsi direttamente nelle attività relative al motore di ricerca. Infatti, come risulta dai fatti di causa esposti dal giudice del rinvio, Google Spain risulta responsabile soltanto del trattamento dei dati personali degli inserzionisti, perlopiù imprese stabilite in Spagna, che concludono contratti di servizi pubblicitari con Google Inc. Non è noto, tuttavia, se nella pagina dei risultati della ricerca effettuata dal Costeja González con il suo nome comparissero effettivamente risultati sponsorizzati, che si

attivano soltanto a condizione che la parola chiave attraverso la quale è effettuata la ricerca sia stata effettivamente acquistata da un inserzionista locale a scopi pubblicitari.

L'AEPD respingeva il reclamo di Costeja González nella parte in cui era diretto contro l'editore del quotidiano, che nell'ordinamento spagnolo è obbligato a pubblicare gli annunci relativi alla pubblicità legale dei procedimenti esecutivi immobiliari. Il reclamo veniva invece accolto nella parte diretta contro Google Spain e Google Inc., alle quali l'AEPD ordinava di adottare le misure necessarie per rimuovere dagli indici del motore di ricerca i link verso le pagine contenenti i dati personali obsoleti del reclamante, e di impedire in futuro l'accesso a tali pagine tramite il motore di ricerca. Adita da Google Inc. e da Google Spain, in sede di ricorso contro il provvedimento dell'AEPD, l'Audiencia Nacional riteneva tuttavia che sussistessero dubbi sull'interpretazione della direttiva, e chiedeva alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale ¹⁹. Quattro dei quesiti sottoposti alla Corte riguardavano esclusivamente l'interpretazione dell'art. 4 della direttiva, che stabilisce i criteri di applicabilità territoriale delle misure legislative nazionali che recepiscono la direttiva stessa nell'ordinamento nazionale degli Stati membri.

3. I CRITERI DI APPLICABILITÀ DELLA DIRETTIVA 95/46 QUANDO IL RESPONSABILE DEL TRATTAMENTO È STABILITO IN UNO O PIÙ STATI MEMBRI: LA LETT. A) DELL'ART. 4, PAR. 1.

In base alla lett. a) dell'art. 4, par. 1, quando il responsabile del trattamento è stabilito nel territorio di uno Stato membro ²⁰, e il trattamento di dati personali è effettuato « nel contesto delle attività » dello stabilimento del responsabile del trattamento, è

¹⁹ Vedi il riassunto dei fatti nella sentenza cit., par. 14 ss., e nelle conclusioni dell'avv. gen. JÄÄSKINEN cit., par. 18 ss.

²⁰ Quando invece il responsabile del trattamento è stabilito nel territorio di più Stati membri, esso dovrà « adottare le misure necessarie per assicurare l'osservanza, da parte di ciascuno di detti stabilimenti, degli obblighi stabiliti dal diritto nazionale applicabile » (art. 4, par. 1, lett. a, *in fine*), secondo un criterio di applicazione distributiva delle legislazioni nazionali che ha suscitato parecchie critiche per le difficoltà di applicazione da parte degli operatori, ai quali è addossato un gravoso onere di *compliance*, tenuto conto della mancanza di uniformità con la quale diversi Stati membri hanno dato concretamente attuazione alla direttiva: cfr. la prima Relazione della Commissione sull'applicazione della diret-

tiva sulla tutela dei dati cit., p. 17, par. 4.4.1. V. anche THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 8/2010 on Applicable Law* cit., p. 5. In via di deroga, la lett. b dell'art. 4, par. 1 considera stabilito in uno Stato membro il responsabile del trattamento che sia stabilito in uno Stato terzo assoggettato alla legislazione nazionale di tale Stato membro in forza del diritto internazionale pubblico: è il caso cosiddetto « diplomatico », che estende l'applicazione della legislazione nazionale di trasposizione della direttiva anche alle rappresentanze diplomatiche e consolari all'estero di un determinato Stato membro, o alle navi, nei casi nei quali il diritto internazionale le consideri sottoposte alla sovranità dello Stato della bandiera: cfr. U. DAMMAN, S. SIMETIS, *EG-Datenschutzrichtlinie: Kommentar*, Baden-Baden, 1997, p. 30.

applicabile la legislazione nazionale di trasposizione dello Stato membro nel quale è situato tale stabilimento ²¹.

L'applicazione della lett. a) dell'art. 4, par. 1 richiede quindi innanzitutto l'identificazione del « responsabile del trattamento », cioè del soggetto che, da solo o insieme ad altri, determina « le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali », ex art. 2, lett. d) ²², e, in secondo luogo, esige l'individuazione dello « stabilimento » del responsabile del trattamento nel territorio di uno Stato membro. In base al considerando 19 della direttiva, il fattore decisivo per qualificare uno « stabilimento » ai fini dell'art. 4 è « l'esercizio effettivo e reale dell'attività [economica] mediante un'organizzazione stabile ». Questa definizione si riferisce chiaramente alla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'« organizzazione stabile » nel quadro del diritto di stabilimento ²³ e della libertà di prestazione di servizi ²⁴ dell'epoca nella quale era stata emanata la direttiva, e riflette anche l'interpretazione della Corte del « centro di attività stabile » in tema di imposizione fiscale indiretta ²⁵. Inoltre, nel considerando 19 può riscontrarsi altresì l'influenza di una nozione propria dell'ambito dell'imposizione fiscale diretta, e cioè la « stabile organizzazione » (*permanent establishment*), accolta nella *Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital*

²¹ Cfr. il considerando 18 della direttiva.

²² Si noti che il soggetto definito « responsabile del trattamento » dall'art. 2, lett. d della direttiva (« la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali »), è stato definito « titolare » del trattamento all'art. 4, lett. f) della misura italiana di attuazione della direttiva, il d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, succ. modif., Codice in materia di protezione dei dati personali (« la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza »). Per questo Codice è invece « responsabile » del trattamento « la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali » (art. 4, lett. g) Codice), che in realtà è il soggetto definito come « incaricato del trattamento » all'art. 2, lett. e) della direttiva (« la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che

elabora dati personali per conto del responsabile del trattamento »). L'art. 4, lett. h) del Codice italiano definisce invece « incaricati » del trattamento le « persone fisiche autorizzate a compiere operazioni di trattamento dal titolare o dal responsabile ». V. su queste definizioni THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 1/2010 on the concepts of « controller » and « processor »*, doc. WP 169 del 16 febbraio 2010, p. 7 ss.

²³ Cfr. Corte di giustizia, 4 ottobre 1991, in causa C-246/89, *Commissione c. Regno Unito*, in *Racc.*, 1991, p. I-4585 ss., par. 21; 25 luglio 1991, in causa C-221/89, *Factortame Ltd*, *ibid.*, 1991, p. I-3905 ss., par. 20. Cfr. anche THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 8/2010 on Applicable Law* cit., p. 11.

²⁴ Cfr. Corte di giustizia, 4 dicembre 1986, in causa C-205/84, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, 1986, p. 3755 ss., par. 21; 20 febbraio 1997, in causa C-260/95, *DFDS*, *ibid.*, 1997, p. I-1005 ss., par. 29.

²⁵ Corte di Giustizia, 4 luglio 1985, *Berkholz*, in causa 168/84, in *Racc.*, 1985, p. 2251 ss., par. 18; 2 maggio 1996, *Faaborgh-Gelting Linien*, in causa C-231/94, *ibid.*, 1996, p. I-2395, par. 17; 17 luglio 1997, *ARO Lease*, in causa C-190/95, *ibid.*, 1997, p. I-4383 ss., par. 19; 7 maggio 1998, *Lease Plan Luxembourg*, in causa C-390/96, *ibid.*, 1998, p. I-2553 ss., par. 26.

dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)²⁶, che costituisce il criterio fondamentale di attribuzione della potestà impositiva agli Stati ai fini dell'eliminazione delle doppie imposizioni, ed è oggetto di diffusa adesione da parte della pratica internazionale.

Il considerando 19 della direttiva precisa che, per determinare lo « stabilimento nel territorio di uno Stato membro » non rileva la forma giuridica attraverso la quale l'impresa del responsabile del trattamento è stabilita. Può trattarsi, dunque, della sede principale, oppure di una filiale dotata di autonoma personalità giuridica, di una semplice succursale o sede secondaria, o di un'agenzia che agisca in qualità di ausiliaria del responsabile del trattamento, o persino di « un semplice ufficio, gestito da personale dipendente dall'impresa, o [da] una persona indipendente, ma incaricata di agire in permanenza per conto dell'impresa alla stessa stregua di un'agenzia »²⁷.

Terza e ultima condizione perché uno Stato membro possa applicare la propria misura nazionale di trasposizione ad uno stabilimento del responsabile del trattamento situato nel proprio territorio è che il trattamento dei dati personali sia effettuato « nel contesto delle attività » dello stabilimento. Il requisito del « contesto delle attività » consente di applicare la misura nazionale di trasposizione della direttiva a un responsabile del trattamento che abbia uno stabilimento nel territorio di uno Stato membro, *a prescindere dal luogo nel quale sono effettuate tecnicamente le operazioni di trattamento dei dati personali*, luogo che può anche trovarsi in un altro Stato membro o in uno Stato terzo. Il legislatore ha inteso così evitare il rischio di *forum shopping*, il rischio cioè che l'applicazione della direttiva venga elusa semplicemente spostando il trattamento dei dati personali in uno Stato terzo²⁸. Infatti, non è necessario che il trattamento di dati personali venga effettuato « dallo » stabilimento del responsabile

²⁶ Cfr. Article 5, *Permanent Establishment*, della *Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital*, adottata il 30 luglio 1963 come *Draft Convention* dall'*Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD). Sul punto, cfr. OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, *Model Tax Convention on Income and on Capital, Commentary on Article 5*, 8th ed., 2010, Paris; *OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment)*, 19th October, 2012 to 31st January, 2013, in <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PermanentEstablishment.pdf>. La nozione di « permanent establishment » è stata trasposta in Italia dall'art. 162 d.P.R. 22 dicembre

1986, n. 917, introdotto dall'art. 1 d.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344.

²⁷ Cfr. Corte di giustizia, 20 febbraio 1997, *DFDS* cit., par. 29; 4 dicembre 1986, *Commissione c. Germania* cit., par. 21.

²⁸ Cfr. CH. KUNER, *Internet Jurisdiction and Data Protection Law: An International Legal Analysis. Part 1*, in *Int'l Journ. Law Inform. Technology*, 2010, p. 176 ss.; Id., *Data Protection Law and International Jurisdiction on the Internet (Part 2)*, *ibid.*, 2010, p. 227 ss.; F. RIGAUX, *Libre circulation des données et protection de la vie privée dans l'espace européen*, in J. BASEDOW, U. DROBNIG, K.J. HOPT, H. KÖTZ (Hrsgs.), *Festschrift für Ulrich Drobniß zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1998, p. 425 ss., e in P. TABATONI (dir.), *La*

del trattamento nel territorio di uno Stato membro, bensì soltanto che venga effettuato « nel contesto delle attività » di questo stabilimento: la legislazione applicabile non è quella dello Stato membro nel quale il responsabile del trattamento è stabilito, ma quella dello Stato membro nel quale *uno stabilimento* del responsabile del trattamento svolge *attività nel contesto delle quali* è effettuato il trattamento dei dati personali²⁹. Quindi, uno Stato membro non potrà applicare la propria misura nazionale di attuazione della direttiva, qualora il responsabile del trattamento abbia uno stabilimento nel proprio territorio che effettui un trattamento di dati personali *nel contesto di attività diverse* da quelle svolte in quello specifico stabilimento³⁰. Secondo l'interpretazione del « Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali » (« Gruppo Articolo 29 »)³¹, qualora uno stabilimento effettui un trattamento di dati personali *nel contesto delle attività che esso stesso svolge*, la legge applicabile è quella dello Stato membro nel quale questo stabilimento è situato. Qualora questo stabilimento effettui trattamenti di dati personali *nel contesto delle attività di un altro stabilimento*, sarà invece applicabile la legge nazionale dello Stato membro nel quale si trova quest'altro stabilimento³².

Questo è un criterio di difficile applicazione pratica, poiché solleva inevitabilmente la questione del grado di coinvolgimento richiesto allo stabilimento del responsabile del trattamento nelle attività nel contesto delle quali sono trattati i dati personali, coinvolgimento che dipende a sua volta dalla natura delle attività che sono svolte in concreto dallo stabilimento. Il criterio del « contesto delle attività » si presta anche ad anche estendere eccessivamente l'applicabilità delle misure legislative degli Stati membri, poiché si applica anche quando i dati personali trattati non riguardano cittadini o residenti di uno Stato membro³³.

protection de la vie privée dans la société de l'information. L'impact des systèmes électroniques, t. II, Paris, 2000, p. 25 ss., a p. 38.

²⁹ Cfr. THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 8/2010 on Applicable Law* cit., p. 13: « The notion of "context of activities" does not imply that the applicable law is the law of the Member State where the controller is established, but where an establishment of the controller is involved in activities relating to data processing ».

³⁰ Per alcuni esempi, cfr. THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 8/2010 on Applicable Law* cit., p. 13; W. KUAN HON, J. HÖRNLE, CH. MILLARD, *Data Protection Jurisdiction and Cloud Computing - When are Cloud Users and Providers Subject to EU*

Data Protection Law? The Cloud of Unknowning, Part 3, 2011 (updated 9th February, 2012), in <http://www.cloudlegal.ccls.qmul.ac.uk/docs/63746.pdf>, p. 8 ss.

³¹ È un organo indipendente con funzioni consultive, istituito a livello europeo ex art. 29 della direttiva 95/46/CE: per ulteriori approfondimenti, cfr. P. PIRODDI, *Art. 16* cit., p. 191.

³² THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 8/2010 on Applicable Law* cit., p. 14.

³³ Cfr., ad es., THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Working Document on Determining the International Application of EU Data Protection Law to Personal Data Processing on the Internet by non-EU Based Web Sites*, doc. WP 56 del 30 maggio

Il criterio del « contesto delle attività » è stato oggetto di un parere esplicativo del « Gruppo Articolo 29 », che aveva ipotizzato proprio il caso del gestore di un motore di ricerca, non stabilito in uno Stato membro, che effettui un trattamento di dati personali al di fuori dello spazio economico europeo³⁴. Se il responsabile del trattamento possiede una filiale o una succursale nell'Unione europea, la lett. a) dell'art. 4, par. 1 consente di affermare che il trattamento avviene « nel contesto delle attività » della controllata europea, anche se questa non effettua direttamente alcun trattamento di dati personali, ma semplicemente vende pubblicità in collegamento con queste attività, limitandosi a negoziare con gli imprenditori locali che acquistano annunci pubblicitari. Questa interpretazione è stata avallata dalla nostra Corte di cassazione nel caso *Vivi Down*, relativo al caso un utente italiano che aveva caricato un *file* video sulla piattaforma *Google Video*, operata gratuitamente da Google Inc., come il motore di ricerca. La Cassazione ha ritenuto che il trattamento dei dati personali contenuti nel video, benché effettuato esclusivamente da Google Inc. presso la sua sede negli Stati Uniti, fosse stato svolto « nel contesto delle attività » di Google Italy Srl, la controllata locale costituita da Google Inc. in Italia, sulla sola base del fatto che Google Italy poteva collegare *link* pubblicitari alla pagina del servizio di *hosting video*³⁵.

2002, p. 6; Id., *Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines*, doc. WP 148 del 4 April 2008, p. 9-10; *Opinion 1/2010 on the concepts of « controller » and « processor »* cit., p. 5; *Opinion 10/2006 on the processing of personal data by the Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT)*, doc. WP 128 del 22 November 2006, par. 2 ss. In dottrina, cfr. U. DAMMANN, S. SIMITIS, *EG-Datenschutzrichtlinie: Kommentar* cit., p. 127-128.

³⁴ THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines* cit., p. 9 ss. Cfr. anche, in senso analogo, Id., *Working Document on Determining the International Application of EU Data Protection Law* cit., p. 8.

³⁵ Cass. pen., III sez., 17 dicembre 2013-3 febbraio 2014, n. 5107, in *Foro it.*, 2014, II, c. 336 ss., nota di F. DI CIOMMO, *Google/Vivi Down*, atto finale: l'*hosting pro-*

vider non risponde quale titolare del trattamento dei dati, *ibid.*, c. 346 ss., a parziale conforto della sentenza della Corte d'Appello di Milano, sez. I pen., 27 febbraio 2013 e del Trib. Milano, sez. IV pen., 12 aprile 2010, n. 1972, in http://www.giurcost.org/casi_scelti/Google.pdf, p. 102-103. Cfr. G. SARTOR, M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, *The Italian Google Case: Privacy, Freedom of Speech and Responsibility of Providers for User-Generated Contents*, in *Int'l Journ. Law Inform. Technology*, 2010, p. 1 ss.; N. DE LUCA, E. TUCCI, *Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell'internet service provider. Una materia che esige chiarezza*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1215 ss.; O. POLLICINO, *Modeling the Liability of Internet Service Providers: Google vs. Vivi Down. A Constitutional Perspective*, Milano, 2013, p. 5 ss. Per una decisione di segno contrario, cfr. in vece la decisione del Garante della protezione dei dati personali su ricorso del 3 novembre 2009, <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1687662>.

4. I CRITERI DI COLLEGAMENTO NEI CASI NEI QUALI IL RESPONSABILE DEL TRATTAMENTO NON È STABILITO NEL TERRITORIO DI UNO STATO MEMBRO: LA LETT. c) DELL'ART. 4, PAR. 1.

Se il responsabile del trattamento non è stabilito nel territorio di uno Stato membro, la lett. a) dell'art. 4, par. 1 non è applicabile. Al « responsabile non stabilito nel territorio della Comunità » si applica esclusivamente la lett. c) dell'art. 4, par. 1. Tuttavia, il « Gruppo Articolo 29 » ha evidenziato che tra queste due ipotesi si apre una terza possibilità, per la quale l'art. 4, par. 1 non prevede nulla: è il caso nel quale il responsabile del trattamento è stabilito nel territorio di uno Stato membro, ma il trattamento di dati personali non è effettuato « nel contesto delle attività » svolte da quello stabilimento³⁶: ossia, lo stabilimento del responsabile del trattamento svolge attività che non sono in relazione al trattamento di dati personali. In questo caso, non è applicabile la lett. c), che presuppone che il responsabile del trattamento non sia stabilito nel territorio di uno Stato membro; né è applicabile la lett. a, poiché presuppone non semplicemente l'esistenza di uno stabilimento del responsabile del trattamento in uno Stato membro, ma l'esistenza di uno stabilimento che effettui un trattamento di dati personali *nel contesto delle stesse attività svolte da questo stabilimento*³⁷.

La lett. c prevede l'applicazione della legislazione nazionale di trasposizione dello Stato membro nel quale sono fisicamente situati gli « strumenti, automatizzati o non automatizzati », che sono utilizzati ai fini del trattamento dei dati personali, ad eccezione del caso nel quale questi strumenti siano adoperati « ai soli fini di transito nel territorio » dell'Unione europea³⁸. Nessuna definizione o interpretazione di « strumenti, automatizzati o non automatizzati » è contenuta nel testo della direttiva, né nella relazione di accompagnamento della Commissione. Questa omissione ha causato una grave incertezza applicativa in riferimento a questa disposizione³⁹; tuttavia, quando la direttiva è stata adottata, la nozione di « strumenti » veniva generalmente riferita alle infrastrutture fisiche (*computers, servers, data centres*) che, trovandosi nella disponibilità del responsabile del trattamento (benché non necessariamente nella sua proprietà), potevano essere

³⁶ THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 8/2010 on Applicable Law* cit., p. 2: « [Article 4(1)c] should apply in those cases where there is no establishment in the EU/EEA which would trigger the application of Article 4(1)a or where the processing is not carried out in the context of such an establishment ».

³⁷ Secondo il « Gruppo Articolo 29 », in questo caso di vuoto normativo dovrebbe

applicarsi la lett. c) dell'art. 4, par. 1: THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 8/2010 on Applicable Law* cit., p. 19, 22.

³⁸ Cfr. il considerando 20 della direttiva.

³⁹ Per un'interpretazione di questo concetto, cfr. THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 8/2010 on Applicable Law* cit., p. 20.

operate da remoto dallo stabilimento del responsabile del trattamento. Correlativamente, per strumenti « utilizzati ai soli fini di transito nel territorio », il legislatore intendeva escludere soltanto una ristretta categoria di dispositivi: ad esempio, cavi di connessione delle reti di telecomunicazione, *routers*, *switches* e *bridges*, cioè i nodi che, all'interno di una stessa rete, svolgono direttamente o indirettamente la funzione di instradare i dati verso reti differenti.

Nel corso del tempo, tuttavia, l'intento di ampliare l'ambito di applicazione della direttiva, in considerazione del carattere inviolabile del diritto alla protezione dei dati personali⁴⁰, ha indotto a estendere via via il concetto di « strumenti, automatizzati o non automatizzati », al punto che questo, attualmente, non risponde più a caratteristiche fisiche, ma ad un'istanza puramente virtuale. Si ritiene, ad esempio, anche l'invio di *cookies* da *server* situati al di fuori dello spazio economico europeo a *client* di utenti situati in uno Stato membro corrisponderebbe all'utilizzazione di « strumenti automatizzati » situati nello spazio economico europeo, poiché tali programmi vengono eseguiti dalla macchina dell'utente (ad esempio, dal *browser*). Un punto di vista analogo è stato espresso in riferimento a *scripts*, a *spywares*, a determinati *banners* pubblicitari (*online behavioural advertising*) e ad altri programmi del genere, anch'essi eseguiti dalla macchina dell'utente e non dalla piattaforma *web* del *server* di invio⁴¹.

Anche questa disposizione è stata chiaramente concepita per prevenire casi di *forum shopping* e di elusione della legislazione europea attraverso lo spostamento dello stabilimento che effettua il trattamento nel territorio di Stati dalla legislazione meno re-

⁴⁰ Su questo punto v. specificamente S. RODOTÀ, *Data Protection as a Fundamental Right*, in S. GUTWIRTH et al. (eds.), *Reinventing Data Protection?*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2009, p. 77 ss. CH. KUNER, *European Data Protection Law-Corporate Compliance and Regulation*, 3rd ed., Oxford, 2007, p. 21 s., sembra concludere che l'art. 4, par. 1, lett. c non è basato su un principio di territorialità, ma su un principio di protezione o persino sulla c.d. « teoria degli effetti ». L'A., in riferimento a THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Working Document on Determining the International Application of EU Data Protection Law* cit., p. 7, argomenta che: « The Article 29 Working Party has indicated that the protection of individuals inside the EU is one of the main purposes of Article 4(1)(c), a view which is shared by some commentators [U. DAMMANN, *International Datenschutz, Recht der Datenverarbeitung*, 2002, p. 73]. Thus, it seems that the function of this provision is largely to protect individuals in the EU, even if it does not fulfill the traditional criteria of protective jurisdiction »; e prosegue: « While seeming to apply the objective territoriality principle, Article 4(1)(c) is focused not on the use of equipment per se, but on preventing data controllers from evading EU rules by relocating outside the EU. Thus, Article 4(1)(c) also focuses on the effect produced in the EU by data processing outside the EU, and the protection of EU citizens, meaning that it can also be viewed as an application of the effects doctrine ».

⁴¹ Cfr. THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Working Document on Determining the International Application of EU Data Protection Law* cit., p. 11-12; Id., *Opinion 1/2008 on Data Protection Issues Related to Search Engines* cit., p. 11; Id., *Opinion 8/2010 on Applicable Law* cit., p. 23.

strittiva ⁴². Nel contempo, questo criterio è inteso a prevenire il rischio che un responsabile del trattamento non stabilito utilizzi il territorio dello spazio economico europeo per effettuare trattamenti di dati personali non conformi alla direttiva ⁴³. Tuttavia, anche la lett. c può condurre, interpretata così estensivamente, a situazioni di *regulatory overreaching*, nelle quali la misura nazionale di recepimento della direttiva di uno Stato membro è applicata a situazioni prive di effettivo collegamento con questo Stato ⁴⁴. Infatti, benché effettuato attraverso l'utilizzazione di strumenti situati nello spazio economico europeo, il trattamento di dati personali può riguardare dati di persone che non hanno necessariamente né la cittadinanza, né la residenza nel territorio di uno Stato membro ⁴⁵.

Per restringere l'esorbitante ambito di estensione della lett. c, il « Gruppo Articolo 29 » ha suggerito di introdurre un requisito soggettivo come presupposto di applicabilità di questa disposizione: sotto questo aspetto, l'utilizzo di « strumenti, automatizzati o non automatizzati » implicherebbe non soltanto un'effettiva attività di trattamento di dati personali da parte del responsabile, ma anche la « chiara intenzione » (*clear intention*) del responsabile di trattare dati personali ⁴⁶, che non potrebbe riscontrarsi in assenza di una specifica volontà — o quantomeno di una ragionevole consapevolezza — di utilizzare, per il trattamento dei dati personali, strumenti situati nel territorio dello spazio economico europeo.

5. LA NATURA GIURIDICA DELL'ART. 4.

L'intitolazione dell'art. 4 (« Diritto nazionale applicabile ») e il testo del considerando 18 (« è opportuno assoggettare... [il trattamento dei dati personali] alla legge di tale Stato... ») hanno indotto autorità di controllo e istituzioni a interpretare lo stesso art. 4 come « an explicit provision on the applicable law » ⁴⁷.

⁴² Cfr. U. DAMMANN, S. SIMITIS, *EG-Datenschutzrichtlinie: Kommentar* cit., p. 129; C. DE TERWANGNE, S. LOUVEAUX, *Data Protection and Online Networks*, in *Computer Law and Security Report*, 1997, p. 234 ss., a p. 238-239; CH. KUNER, *Data Protection Law* cit., p. 227 ss.

⁴³ THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 8/2010 on Applicable Law* cit., p. 2.

⁴⁴ Così L.A. BYGRAVE, *Determining Applicable Law Pursuant to European Data Protection Legislation*, in *Computer Law and Security Report*, 2000, p. 252 ss., a p. 255; CH. KUNER, *Internet Jurisdiction and Data Protection Law* cit., p. 176; J.

GOLDSMITH, T. WU, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford, 2006, p. 175; F. RIGAUD, *Libre circulation des données* cit., p. 425.

⁴⁵ Cfr. THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 8/2010 on Applicable Law* cit., p. 8, 10 e 21; Id., *Working Document Privacy on the Internet - An integrated EU Approach to On-line Data Protection*, doc. WP 37 del 21 novembre 2000, p. 28.

⁴⁶ THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Working Document on Determining the International Application of EU Data Protection Law* cit., p. 9 s.; Id., *Opinion 8/2010 on Applicable Law* cit., p. 20.

⁴⁷ THE ARTICLE 29 WORKING PARTY,

Persino il « Gruppo Articolo 29 » ha ritenuto che « the directive itself fulfils the role of a so-called 'rule of conflict' and no recourse to other existing criteria of international private law is necessary », conclusione sulla quale ha concordato anche il Garante europeo della protezione dei dati personali⁴⁸. D'altra parte, la direttiva non dichiara esplicitamente di non voler introdurre norme supplementari di diritto internazionale privato: questa omissione in effetti potrebbe avallare *a contrario* il convincimento relativo alla funzione internazionalprivatistica svolta dell'art. 4, specialmente dopo la sentenza della Corte di giustizia nel caso *eDate Advertising*⁴⁹. In questa pronuncia, la Corte ha affermato che l'art. 3 della direttiva 2000/31/CE, sul commercio elettronico⁵⁰, è una clausola « mercato interno » che, data la mancanza di armonizzazione a livello dell'Unione relativamente ai servizi informatici di tipo commerciale, per garantirne la libertà di circolazione nel mercato interno, assoggetta questi servizi alla legislazione nazionale dello Stato membro di stabilimento del prestatore, in conformità al principio dello Stato di origine. L'art. 3 della direttiva 2000/31/CE non svolge quindi una funzione internazionalprivatistica, « destinata a dirimere un conflitto specifico tra più diritti applicabili »⁵¹, come può evincersi anche dall'art. 1, par. 4 della stessa direttiva, che dichiara di non voler introdurre « norme supplementari di diritto internazionale privato ». Al contrario, la direttiva 95/46/CE non dichiara esplicitamente l'intenzione di non voler introdurre nuove norme di diritto

Working Document on Determining the International Application of EU Data Protection Law cit., p. 5. Cfr. anche la Prima relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva cit., par. 4.4.1.

⁴⁸ Cfr., rispettivamente, THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Working Document on Determining the International Application of EU Data Protection Law* cit., p. 6; THE EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion on the Communication from the Commission* cit., par. 122.

⁴⁹ Corte di giustizia, 25 ottobre 2011, *eDate Advertising GmbH c. X. Olivier Martinez e Robert Martinez c. MGN Ltd*, nelle cause riunite C-509/09 e C-161/10, non ancora pubbl., par. 60 ss.

⁵⁰ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (direttiva « e-commerce o « commercio elettronico »), in *G.U.*, L 178 del 17 luglio 2000, p. 1 ss.

⁵¹ Corte di giustizia, 25 ottobre 2011, *eDate Advertising GmbH* cit., par. 61.

Anzi, secondo la Corte, dall'art. 1, n. 4, della direttiva, letto alla luce del considerando 23, emerge che, in linea di principio, gli Stati membri ospitanti sono liberi di designare, in base al proprio rispettivo sistema di diritto internazionale privato, le norme sostanziali applicabili, purché non ne derivi una restrizione della libera prestazione dei servizi del commercio elettronico (par. 62. Cfr., sul punto, cfr. M. FALLON, J. MEEUSEN, *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, in *Rev. critique*, 2002, p. 435 ss.). Infatti, la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali che nascono da una violazione del diritto alla protezione dei dati personali ricade al di fuori del regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (« Roma II »), in *G.U.*, L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss., che esclude dal campo di applicazione del regolamento « le obbligazioni extracontrattuali che derivano da violazioni della vita privata e dei diritti della personalità, compresa la diffamazione » (art. 1, par. 2, lett. g).

internazionale privato: questo silenzio giustificerebbe quindi, alla luce della sentenza della Corte di giustizia nel caso *eDate Advertising*, la conclusione secondo la quale l'art. 4 della direttiva stessa costituisce « the first and only set of rules in an international data protection instrument to deal specifically with the determination of applicable law »⁵².

In realtà, tuttavia, nemmeno l'art. 4 della direttiva 95/46/CE contiene norme di diritto internazionale privato. L'art. 4 si limita a determinare l'ambito territoriale di applicazione delle misure legislative nazionali degli Stati membri che recepiscono la direttiva: in linea con la finalità di armonizzazione completa perseguita dalla direttiva, questa norma uniforma pienamente « la portata territoriale di applicazione delle normative degli Stati membri in materia di protezione dei dati »⁵³. L'art. 4 è quindi una regola di applicabilità della direttiva⁵⁴, poiché fissa unilateralmente l'ambito territoriale di applicazione delle regole materiali alle quali accede, a prescindere dai criteri di applicabilità nello spazio eventualmente dettati dal diritto internazionale privato in vigore nel singolo Stato membro.

⁵² L.A. BYGRAVE, *Determining Applicable Law* cit., p. 252.

⁵³ Cfr. par. 58 delle conclusioni dell'avv. gen. N. Jääskinen nel caso *Google Spain SL* cit., e considerando 8 della direttiva. In questo senso anche la comunicazione della Commissione *Un approccio globale* cit., par. 2.2.1., e le sentenze della Corte di giustizia, 24 novembre 2011, *ASNEF e FECEDM* cit., par. 29; 20 maggio 2003, *Rechnungshof e Österreichischer Rundfunk* cit., par. 100; 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist* cit., par. 96-97. Più in generale, cfr. sul punto M. MIGLIAZZA, *Profili internazionali ed europei del diritto all'informazione e alla riservatezza*, Milano, 2004, p. 5 ss.

⁵⁴ Questa nozione è stata teorizzata da M. FALLON, *Les règles d'applicabilité en droit international privé*, in Th. AFSCHRIJFT et al. (eds.), *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, vol. I, Bruxelles, 1986, pp. 285 ss.; Id., *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil des cours*, 1995-III, t. 253, p. 9 ss., spec. p. 180 ss.; Id., *Approche systémique de l'applicabilité dans l'espace de Bruxelles I et de Rome I*, in J. MEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, G. STRAETMANS (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union: Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerp-Oxford-New York, 2004, p. 127 ss., a p. 131; S. FRANCO, *L'applicabilité du*

droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé, Bruxelles, 2005, p. 27 ss. Specificamente, sull'art. 4 della direttiva, cfr. M. FALLON, S. FRANCO, *Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts?*, in J. BASEDOW, I. MEIER, A.K. SCHNYDER, T. EINHORN, D. GIRSBERGER (eds.), *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2000, The Hague, p. 155 ss., a p. 165. Per un confronto tra *règle directe d'applicabilité* e criteri di collegamento internazionalprivatistici, cfr. F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Bruxelles, 2005, p. 125 ss., spec. a p. 129: « Il y a identité dans la fonction mais différence dans la méthode. Quant à la fonction, l'une et l'autre tendent à résoudre un conflit de lois, en déterminant la règle matérielle applicable à une situation internationale qui, par sa nature, peut être régie par le droit d'États différents. Quant à la méthode, la règle de rattachement prend pour hypothèse la situation particulière — ou rapport de droit — alors que la règle directe d'applicabilité prend pour hypothèse les règles matérielles dont l'applicabilité est visée. Cette différence a un effet sur l'objet de chacune de ces règles (...): alors que l'objet de la règle de rattachement s'étend à un ordre juridique considéré dans son ensemble, l'objet de la règle d'applicabilité se réduit à un jeu déterminé de règles matérielles. De plus, dans la seconde, il y a identité entre l'hypothèse de la règle et son

Tuttavia, visto il rilievo attribuito dalla Commissione all'art. 4 nel quadro del perseguimento delle finalità dell'atto ⁵⁵, a questa norma resta applicabile la giurisprudenza della Corte di giustizia secondo la quale il giudice nazionale deve garantire l'applicazione delle disposizioni imperative di una direttiva, necessarie per la realizzazione degli obiettivi del mercato interno, malgrado l'applicazione di una legge regolatrice diversa. Il giudice nazionale, inoltre, in considerazione del carattere di armonizzazione piena che è proprio della direttiva, dovrà attenersi al principio di interpretazione conforme adeguando l'applicazione delle norme nazionali di diritto internazionale privato, ove possibile, alle richieste della direttiva comunitaria. Pertanto, è vero che l'art. 4 della direttiva non ha armonizzato il diritto internazionale privato degli Stati membri relativamente alla legge applicabile al trattamento dei dati personali; è da escludere, tuttavia, che possano interferire con questa norma eventuali previsioni divergenti o confliggenti del diritto internazionale privato degli Stati membri, che incrinerebbero l'uniformità nella determinazione dell'ambito territoriale di applicazione della disciplina comunitaria relativa alla protezione dei dati personali ⁵⁶, e quindi il suo effetto utile.

6. I VIZI ARGOMENTATIVI DELLE CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE E DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nel caso *Google Spain e Google Inc.* comprende, in particolare, quattro quesiti relativi specificamente all'ambito territoriale di applicazione della legislazione nazionale spagnola in materia di protezione dei dati. Il primo quesito verte sulla nozione di « stabilimento » prevista dall'art. 4, par. 1, lett. a) della direttiva; il secondo e il terzo riguardano i casi in cui si può considerare che venga fatto ricorso a « strumenti automatizzati o non automatizzati », situati nel territorio di uno Stato membro, ai sensi dell'art. 4, par. 1, lett. c); mentre l'ultimo, proposto per il caso nel quale la Corte dovesse ritenere inapplicabile l'art. 4 della direttiva, chiede se, alla luce dell'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il diritto fondamentale al trattamento dei dati a carattere personale, debba essere eventualmente applicata la legislazione nazionale di attuazione dello Stato membro in cui si situa « il centro di gravità del conflitto », nel quale sarebbe

objet, l'un et l'autre étant constitués des règles matérielles même dont l'applicabilité est en question ».

⁵⁵ V. *supra*, nota 3.

⁵⁶ Cfr. le conclusioni dell'avv. gen. N. JÄÄSKINEN nel caso *Google Spain SL* cit., par. 58.

asseritamente « possibile ottenere una tutela più efficace dei diritti dei cittadini dell'Unione ».

In via preliminare, la Corte chiarisce innanzitutto che Google Inc. è un « responsabile del trattamento » di dati personali *ex art.* 2, lett. *b)* e *d)* della direttiva. Per arrivare a questa conclusione, la Corte estende ai motori di ricerca la sua giurisprudenza precedente sui siti internet generalisti, dichiarando che la visualizzazione di dati personali su una pagina dei risultati di Google costituisce un autonomo « trattamento di dati personali », *ex art.* 2, lett. *b)* della direttiva, che « si distingue da e si aggiunge a quello effettuato dagli editori di siti web, consistente nel far apparire tali dati su una pagina internet »⁵⁷. Responsabile del trattamento dei dati personali è, secondo la Corte, il gestore del motore di ricerca, in qualità di soggetto che, ai sensi dell'*art.* 2, lett. *d)* della direttiva, determina, « insieme ad altri [cioè, insieme agli editori dei siti internet indicizzati], le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali »⁵⁸.

Chiarita la sussistenza di queste condizioni preliminari, la Corte inizia a verificare se, date le circostanze del caso di specie, la lett. *a)* dell'*art.* 4, par. 1 — dettata, come si è visto, per i responsabili del trattamento stabiliti nel territorio di uno Stato membro — sia applicabile anche a Google Inc., che ha la propria sede negli Stati Uniti. Tenuto conto delle incertezze e delle difficoltà applicative che, come si è visto, sono sollevate dalla lett. *c)* dell'*art.* 4, par. 1, prevista per i responsabili del trattamento non stabiliti, non c'è da stupirsi se i giudici insistono su qualsiasi mezzo interpretativo suscettibile di estendere l'applicazione della lett. *a)* a Google Inc.

Da questo punto di vista, non è difficile per la Corte accertare

⁵⁷ Cfr. sentenza cit., par. 35. Nel senso più ampio secondo il quale l'operazione consistente nel far comparire su una pagina web il nome e il cognome di una persona debba esser considerata un « trattamento di dati personali » *ex art.* 2, lett. *b)* della direttiva, v. già Corte di giustizia, 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist* cit., par. 25. Cfr. L. BURGOUE-LARSEN, *Publication de données à caractère personnel sur internet, liberté d'expression et protection de la vie privée*, in *Rec. Dalloz*, 2004, *Jur.*, p. 1062 s. Sull'ampiezza della nozione di « dati personali » così come definiti dall'*art.* 2, lett. *a)* della direttiva, cfr. Corte di giustizia, 20 maggio 2003, *Rechnungshof e Österreichischer Rundfunk* cit., par. 43; 7 maggio 2009, *Rijkeboer* cit., par. 59. Sulla protezione della *privacy* in riferimento all'attività dei motori di ricerca, v. B. VAN DER SLOOT, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Google and Personal Data Protection*, in A. LÓPEZ-TARRUELLA (ed.), *Google and the Law. Empirical Ap-*

proaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models, Heidelberg, 2012, 75 ss.

⁵⁸ Cfr. sentenza cit., par. 40. Invece, l'avv. gen. N. JÄÄSKINEN, richiamandosi alle osservazioni contenute in THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion #2007 on the concept of personal data*, doc. WP 136 del 20 giugno 2007, p. 17; Id., *Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines* cit., p. 8, 14, aveva escluso, sulla base del principio di proporzionalità, che un motore di ricerca possa esser considerato, in linea di principio, « responsabile del trattamento » effettuato su pagine *web source* di terzi, considerato che generalmente il motore di ricerca non esercita alcun controllo sui dati personali contenuti in tali pagine (conclusioni cit., par. 83), ad eccezione del caso nel quale il motore di ricerca non si limiti alle funzioni esclusivamente passive di semplice intermediario, ma eserciti un effettivo controllo sui dati (conclusioni cit., par. 91 e 93).

che Google Spain costituisce uno « stabilimento » di Google Inc. nel territorio di uno Stato membro, ai sensi della lett. *a*) dell'art. 4, par. 1. Google Spain difatti si dedica « all'esercizio effettivo e reale dell'attività [economica] mediante un'organizzazione stabile », in conformità al considerando 19 della direttiva, poiché agisce in qualità di agente e rappresentante commerciale di Google Inc. per le sue attività pubblicitarie e promozionali sul mercato spagnolo. Google Spain è una filiale di Google Inc., cioè una controllata con autonoma personalità giuridica. Pertanto, ai fini dell'art. 4, par. 1, lett. *a*), Google Inc. deve ritenersi « stabilita » in Spagna tramite Google Spain⁵⁹, a prescindere dalla differenza attività economica da essa svolta. Alla stessa conclusione era giunto anche l'avv. gen. Jääskinen, che aveva affermato che le controllate stabilite da Google Inc. in vari Stati membri dell'Unione « chiaramente costituiscono stabilimenti ai sensi dell'articolo 4, par. 1, lett. *a* della direttiva »⁶⁰.

Questo sillogismo è tuttavia viziato da una forzatura interpretativa, evidente nelle conclusioni dell'avv. gen. Jääskinen. Infatti, per avallare la tesi secondo la quale Google Inc. sarebbe un « responsabile del trattamento » stabilito, l'avvocato generale è costretto ad affermare che la determinazione della legislazione nazionale di trasposizione applicabile rappresenterebbe una « questione preliminare », alla quale non dovrebbe applicarsi la definizione di « responsabile del trattamento » contenuta nella direttiva, poiché un operatore economico, costituito da una capogruppo e dalla filiale estera, dovrebbe esser considerato « come una entità singola », nel quadro dell'appartenenza allo stesso gruppo: pertanto, ai fini dell'analisi relativa alla sussistenza dei requisiti di applicabilità territoriale della direttiva, non dovrebbe « guardarsi alle sue singole attività relative al trattamento di dati personali o ai differenti gruppi di interessati ai quali queste si riferiscono »⁶¹.

Questa argomentazione riecheggia la dottrina dell'« unità economica » (*single economic entity*), utilizzata dalla Corte di giustizia per imputare alla *holding* la responsabilità per il comportamento anticoncorrenziale della controllata *ex art.* 101 TFUE⁶². Questo apre indubbiamente scenari stimolanti, sotto il profilo della considerazione del trattamento dei dati personali dal punto di vista della concorrenza e del mercato; tuttavia, al momento, le conclusioni dell'avvocato generale non sono sorrette da alcun dato testuale. In realtà, è evidente che le definizioni contenute nella

⁵⁹ Sentenza cit., par. 49.

⁶⁰ Conclusioni cit., par. 64.

⁶¹ Conclusioni cit., par. 66.

⁶² Cfr., nella giurisprudenza più recente, Corte di giustizia, 24 ottobre 1996,

Viho Europe BV, in causa C-73/95P, in *Racc.*, 1996, p. I-5457 ss., par. 16 (e giurisprudenza *ivi cit.*); 10 settembre 2009, *Akzo Nobel NV*, in causa C-97/08, in *Racc.*, 2009, p. I-8237, par. 61.

direttiva si applicano anche all'art. 4 della direttiva stessa, nel quale sono contenuti i criteri di applicabilità territoriale delle misure nazionali di recepimento, che non sono oggetto di una « questione preliminare », che ricadrebbe asseritamente al di fuori delle previsioni della direttiva, ma sono disciplinate da precise disposizioni dettate dalla stessa. In secondo luogo, è facile constatare che tanto l'art. 4, par. 1, quanto il considerando 19 della direttiva non si riferiscono ad « un'impresa » stabilita, ciò che potrebbe autorizzare la considerazione unitaria della società madre e della filiale appartenenti al medesimo gruppo societario, ma si riferiscono ad un « responsabile del trattamento » stabilito nel territorio di uno Stato membro. In altre parole, l'art. 4, par. 1 lett. a) è applicabile soltanto al trattamento di dati personali effettuato nel contesto delle attività *non di un'imprenditore stabilito*, ma di un « responsabile del trattamento » stabilito nel territorio di uno Stato membro. Google Inc. potrà essere stabilita nell'Unione europea in qualità di impresa tramite la sua filiale, ma non lo è in qualità di « responsabile del trattamento » di dati personali. Infatti, in conformità all'art. 2, lett. d) della direttiva, Google Inc. e Google Spain rappresentano due differenti « responsabili del trattamento », perché ciascuna delle due determina indipendentemente dall'altra « le finalità e gli strumenti » del trattamento di due categorie diverse di dati personali: Google Inc. è esclusivamente responsabile del trattamento dei dati personali visualizzati dagli utenti del motore di ricerca; Google Spain è responsabile soltanto del trattamento ai dati personali dei suoi clienti, acquirenti di inserzioni pubblicitarie. Anche se la visualizzazione dei risultati di una ricerca effettuata su Google con il nome di una persona può accompagnarsi alla contemporanea visualizzazione di annunci pubblicitari o di *link* sponsorizzati, il trattamento dei dati personali effettuato da Google Inc. in riferimento alle attività del motore di ricerca è totalmente indipendente dal trattamento dei dati personali relativi agli inserzionisti pubblicitari, effettuato da Google Spain, che non interferisce nel trattamento effettuato dalla capogruppo Google Inc. Di conseguenza, l'art. 4, par. 1, lett. a), interpretato alla luce del considerando 19 e dell'art. 2, lett. d) della direttiva, induce a ritenere non che Google Inc. sia un « responsabile del trattamento » stabilito nel territorio di uno Stato membro attraverso la filiale Google Spain, bensì che Google Inc. e Google Spain siano due diversi « responsabili del trattamento », uno stabilito e l'altro non stabilito nel territorio dell'Unione europea. L'interpretazione dell'avvocato generale sarebbe corretta soltanto se il responsabile del trattamento dei dati visualizzati dal motore di ricerca coincidesse con il responsabile del trattamento dei dati relativi alle inserzioni pubblicitarie, ipotesi che tuttavia dev'essere esclusa nel caso di specie, come risulta dai fatti di causa esposti dal giudice del rinvio.

Una volta ritenuto che Google Inc. è stabilita in Spagna attraverso la sua filiale Google Spain, alla Corte resta tuttavia ancora da verificare la sussistenza del requisito cruciale per l'applicazione della lett. *a*, e cioè la condizione che il trattamento dei dati personali sia effettuato nel « contesto delle attività dello stabilimento » del responsabile del trattamento nello Stato membro nel quale è stabilito. In questa prospettiva, Google Inc. potrebbe essere assoggettato alla misura spagnola di trasposizione della direttiva soltanto a condizione che il trattamento di dati personali visualizzati dal motore di ricerca ricada « nel contesto dell'attività » commerciale esercitata dalla filiale nel territorio di uno Stato membro.

In questa prospettiva, l'avv. gen. Jääskinen aveva proposto alla Corte di dichiarare che quando il gestore di un motore di ricerca, che effettua un trattamento di dati personali, apre in uno Stato membro una filiale *che orienti le proprie attività verso clienti del suddetto Stato membro*, deve ritenersi che effettui un trattamento dei dati personali « nel contesto delle attività » della controllata europea, a prescindere dal luogo nel quale sono tecnicamente trattati i dati, anche se la controllata si limita a promuovere e a vendere spazi pubblicitari sulla pagina dello stesso motore di ricerca ⁶³. Infatti, osservava l'avvocato generale, la ragione per l'offerta gratuita di servizi da parte dei motori di ricerca è costituita dalla presenza di pubblicità mediante parole chiave sulla pagina dei risultati: « i fornitori commerciali di servizi di motore di ricerca su Internet offrono i propri servizi di localizzazione delle informazioni nell'ambito di un'attività economica volta a ricavare proventi dalla pubblicità tramite parole chiave » ⁶⁴. È quindi il servizio di vendita di spazi e inserzioni pubblicitarie *indirizzato al pubblico di un determinato Stato membro* a garantire la redditività del servizio gratuito di motore di ricerca. Lo stabilimento di filiali incaricate di occuparsi della pubblicità in sede locale (filiali che la Corte aveva definito nella sua giurisprudenza precedenti prestatori di « un servizio di posizionamento a pagamento » degli operatori economici sul mercato pubblicitario) ⁶⁵ consente infatti a Google di orientare i propri servizi con modalità differenti verso Stati differenti, in funzione della « diversificazione nazionale » dell'attività del motore di ricerca, personalizzando la visualizzazione dei *link* sponsorizzati e delle inserzioni pubblicitarie a seconda della localizzazione geografica dell'utente del servizio. In questa prospettiva, l'avvocato generale ritiene che il trattamento di dati personali relativo

⁶³ Conclusioni cit., par. 65 e 68.

⁶⁴ Conclusioni cit., par. 64, 124.

⁶⁵ Corte di giustizia, 23 marzo 2010, *Google France SARL e Google Inc. c. Louis*

Vuitton Malletier SA et al., nelle cause riunite da C-236/08 a C-238/08, in *Racc.*, 2010, p. I-2417 ss., par. 23 ss.

al motore di ricerca sia effettuato « nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio di uno Stato membro » se tale stabilimento, *orientando verso i cittadini e i residenti di quello Stato le proprie attività* di vendita di pubblicità nella pagina del motore di ricerca, « funge da collegamento per il servizio di posizionamento [del motore di ricerca] per il mercato pubblicitario di tale Stato membro », anche se le operazioni tecniche di trattamento dei dati sono svolte altri Stati membri, o anche in Stati terzi ⁶⁶.

Questo aspetto delle conclusioni, nella parte in cui si sostiene che la società controllante, responsabile del trattamento di dati personali, dovrebbe essere trattata unitariamente con la propria filiale locale, nel quadro della direttiva, se il servizio gratuito di motore di ricerca è finanziato dal reddito generato da tale filiale, richiama inevitabilmente la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al finanziamento per compensazione tramite sovvenzioni incrociate delle attività economiche oggetto di obblighi di servizio di interesse economico generale *ex art.* 106, par. 2 TFUE ⁶⁷. Ancora una volta, tuttavia, questa argomentazione presagisce significativi sviluppi futuri, specie sotto l'aspetto della qualificazione del gestore di un motore di ricerca come incaricato di un servizio di interesse economico generale, o di un servizio universale, ma non è di per sé sufficiente a soddisfare il requisito del « contesto delle attività ». Evidentemente, il fatto che i servizi pubblicitari commercializzati da Google Spain siano a pagamento crea sì le condizioni finanziarie per la redditività dell'attività gratuita di Google Inc., *ma non le condizioni tecniche* per l'offerta del servizio relativo al motore di ricerca: ed è soltanto il fatto di aver predisposto tutte le condizioni tecniche necessarie per offrire un servizio di motore di ricerca, *non il fatto di percepire un compenso per tale servizio*, a determinare il « contesto delle attività » rispetto alle quali è funzionale il trattamento dei dati personali ⁶⁸. E il richiamo al fatto che, attraverso le proprie filiali nazionali, Google Inc. *orienta le proprie attività verso i cittadini e i residenti di determinati Stati membri* è totalmente estraneo ai criteri posti dalla direttiva. In realtà, come si vedrà, questo aspetto si riferisce, senza nominarla, alla proposta della Commissione relativa al nuovo regolamento di disciplina del trattamento

⁶⁶ Conclusioni cit., par. 67 s.

⁶⁷ Cfr. la definizione di « servizio universale » all'art. 3. Disponibilità del servizio universale, della direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva « servizio universale »), in *G.U.*, L 108 del 24 aprile 2002, p. 51 ss. Sulla giurispru-

denza della Corte di giustizia in tema di sovvenzioni incrociate, cfr. W. SAUTER, *Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, p. 167 ss.

⁶⁸ V., per analogia, l'affermazione contenuta nella sentenza della Corte di giustizia, 23 marzo 2010, *Google France SARL* cit., par. 57.

dei dati personali, che modifica in questo senso i criteri di applicabilità territoriale della direttiva per i responsabili del trattamento non stabiliti.

La Corte, malgrado l'intrinseca debolezza dell'argomentazione, accoglie le conclusioni dell'avvocato generale, e dichiara a sua volta che il trattamento di dati personali realizzato da un motore di ricerca avente uno stabilimento in uno Stato membro è effettuato « nel contesto delle attività dello stabilimento del responsabile del trattamento » in tale Stato membro, qualora esso sia destinato a garantire la promozione e la vendita di spazi pubblicitari che servono a rendere economicamente redditizio il servizio offerto dal motore di ricerca, e tale motore « è altresì lo strumento che consente lo svolgimento di dette attività ». In questo caso, infatti, le attività del gestore del motore di ricerca e quelle del suo stabilimento situato nello Stato membro interessato risulterebbero « inscindibilmente connesse »⁶⁹. Di conseguenza, la Corte conclude che il trattamento di dati personali è effettuato dal motore di ricerca « nel contesto dell'attività pubblicitaria e commerciale dello stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio di uno Stato membro »⁷⁰ qualora il gestore di un motore di ricerca apra in uno Stato membro una filiale destinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari proposti da tale motore di ricerca, l'attività della quale *si dirige agli abitanti di detto Stato membro*⁷¹.

La conclusione della Corte inverte totalmente i termini della questione: se il servizio relativo al motore di ricerca è, come afferma la stessa Corte, « lo strumento che consente lo svolgimento [delle] attività » di promozione e vendita di spazi pubblicitari e di *link* sponsorizzati sulla pagina del motore di ricerca, è giocoforza ammettere che senza il motore di ricerca non esisterebbe alcuna raccolta pubblicitaria. Quindi, è l'attività commerciale di vendita di pubblicità che è effettuata « nel contesto delle attività » del motore di ricerca (che comprendono il trattamento dei dati personali oggetto della sentenza), e non il contrario, come afferma invece la Corte. In realtà, l'art. 4, par. 1 della direttiva non si limita a richiedere che le attività del responsabile del trattamento e quelle dello stabilimento della sua filiale nel territorio di uno Stato membro siano « connesse » — sia pure « inscindibilmente connesse » —, ma esige che il trattamento di dati personali venga effettuato « nel contesto delle attività dello stabilimento del responsabile del trattamento ». Questa condizione presuppone non una generica « connessione », come vuole la Corte, ma una precisa relazione di strumentalità tra il tratta-

⁶⁹ Sentenza cit., par. 56.

⁷⁰ Sentenza cit., par. 57.

⁷¹ Sentenza cit., par. 60.

mento dei dati personali e l'attività economica dello stabilimento situato nel territorio di uno Stato membro: il trattamento di dati personali dev'essere funzionale alla specifica attività economica svolta nello stabilimento del responsabile del trattamento che è situato nel territorio dello Stato membro. Il requisito del « contesto delle attività » è soddisfatto soltanto quando il trattamento di quei determinati dati personali è richiesto da quella determinata attività economica svolta nello stabilimento del responsabile del trattamento situato nello Stato membro. Nella fattispecie, tuttavia, lo « stabilimento del responsabile del trattamento nello Stato membro », cioè Google Spain, svolge attività che non sono in relazione al trattamento di dati personali effettuato da Google Inc. Questo caso è proprio uno di quelli che, come si ricorderà, non ricade né nella lett. a) dell'art. 4, par. 1, visto che il trattamento di dati personali non è effettuato « nel contesto delle attività » esercitate dallo stabilimento nel territorio dello Stato membro; né nella lett. c), prevista per i responsabili del trattamento non stabiliti, poiché la Corte parte dal presupposto che Google Inc. sia stabilito, attraverso la sua filiale, nel territorio di uno Stato membro. La Corte decide tuttavia che l'« inscindibile connessione » è sufficiente per soddisfare il requisito del « contesto delle attività ».

Questa interpretazione è giustificata soltanto dall'esigenza di estendere il più possibile il diritto fondamentale alla tutela dei dati personali, al quale la Corte di giustizia attribuisce un rilievo prioritario nel quadro delle finalità della direttiva ⁷², in un caso come quello ad oggetto, nel quale è coinvolto un cittadino dell'Unione, domiciliato in uno Stato membro, a fronte di un responsabile del trattamento stabilito al di fuori dello spazio economico europeo. Tuttavia, la lettura della Corte non ha alcun fondamento testuale nell'art. 4 della direttiva — né, probabilmente, ha alcun riscontro fattuale: infatti, la Corte non specifica mai, né nell'esposizione dei fatti di causa, né nella motivazione della sentenza, se nella pagina dei risultati della ricerca effettuata dal Costeja González con il proprio nome su Google comparissero effettivamente risultati sponsorizzati, che si attivano soltanto a condizione che la parola chiave attraverso la quale è effettuata la ricerca sia stata acquistata da un inserzionista. L'aver riscontrato la sussistenza di tutti i criteri di applicabilità previsti dalla lett. a) risparmia però ai giudici la necessità di effettuare la verifica, ben più complessa, relativa all'eventuale sussistenza delle condizioni di applicazione della lett. c) dell'art. 4, par. 1, oggetto del secondo e del terzo quesito del giudice del rinvio.

⁷² Sentenza cit., par. 53 s.

L'interpretazione estensiva delle condizioni di applicazione della legislazione nazionale di trasposizione della direttiva è peraltro in linea con il rilievo prioritario che la Corte attribuisce, nella sua giurisprudenza più recente, al diritto fondamentale alla tutela dei dati personali nel quadro delle finalità della direttiva, « come confermato segnatamente dall'art. 1, par. 1, e dai considerando 2 e 10 della direttiva medesima »⁷³. Ancora una volta, tuttavia, la Corte omette qualsiasi riferimento al par. 2 dello stesso art. 1 della direttiva, che vieta agli Stati membri di restringere o ostacolare la libertà di circolazione dei dati personali nel mercato interno per motivi connessi alla tutela del diritto delle persone fisiche alla protezione dei dati personali.

Con l'ultimo quesito pregiudiziale, l'*Audiencia nacional* chiedeva se, alla luce dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il diritto fondamentale al trattamento dei dati a carattere personale, possa essere applicata nella fattispecie la misura nazionale di attuazione dello Stato membro in cui si situa « il centro di gravità del conflitto ». Questo criterio, che è estraneo all'art. 4 della direttiva, si rinviene nelle conclusioni dell'avv. gen. Cruz Villalón nel caso *eDate Advertising*⁷⁴, relativo alla competenza giurisdizionale per violazioni di diritti della personalità avvenute attraverso la pubblicazione di informazioni su internet. L'avvocato generale aveva proposto un « criterio aggiuntivo di collegamento » rispetto a quelli consentiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 5, n. 3 del regolamento « Bruxelles I »⁷⁵. Questa norma, che, « in materia di illeciti civili dolosi o colposi », consente di convenire una persona domiciliata in uno Stato membro « davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire », è stata interpretata, a partire dalla sentenza *Shevill* della Corte di giustizia, nel senso per cui, in materia di diffamazione a mezzo stampa, la competenza spetta al giudice del luogo nel quale è stato posto in essere il comportamento del danneggiante, oppure al giudice del luogo, eventualmente diverso, nel quale la vittima ha subito il danno⁷⁶. Ciò posto, secondo l'avv. gen. Cruz Villalón, il « centro

⁷³ V. sentenza cit., par. 58 (v. anche la giurisprudenza cit. *supra*, nota 10).

⁷⁴ Conclusioni dell'avvocato generale P. CRUZ VILLALÓN presentate il 29 marzo 2011 nel caso *eDate Advertising* cit., par. 32 e 55 ss.

⁷⁵ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.*, L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss. (« Bruxelles I »), destinato a essere sostituito, con effetto

dal 10 gennaio 2015, dal regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.*, L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss. (« Bruxelles I bis »).

⁷⁶ Corte di giustizia, 7 marzo 1995, *Shevill*, in causa C-68/93, in *Racc.* 1995, p. I-415 ss., par. 33. Su questa giurisprudenza cfr., per tutti, G. HOGAN, *The Brussels Convention, Forum Non Conveniens and the*

di gravità del conflitto » si troverebbe nel Paese nel quale il titolare del diritto della personalità possiede il proprio « centro di interessi », nel quale è più intenso il rischio di una violazione di un suo diritto, e nel quale esso subisce la lesione più grave e più facilmente prevedibile. Di conseguenza, questo luogo sarebbe quello nel quale il giudice si trova nella migliore situazione per valutare il conflitto tra i beni e gli interessi in gioco. L'avv. gen. Jääskinen tuttavia esclude, nelle sue conclusioni, qualsiasi rilievo del « centro di gravità del conflitto », osservando che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non consente di estendere l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze ad essa attribuite, né di introdurre competenze nuove per l'Unione o modificare quelle previste nei trattati ⁷⁷. Infatti, se nel caso *eDate Advertising* si trattava soltanto di modificare eventualmente la lettura giurisprudenziale del testo del regolamento « Bruxelles I », nel caso *Google Spain* si tratterebbe di introdurre in via interpretativa un « nuovo elemento che faccia scattare l'applicazione territoriale della normativa nazionale di attuazione della direttiva » ⁷⁸ in assenza di riscontri testuali nell'art. 4 della direttiva. La Corte, che nel caso *eDate Advertising* non aveva accolto la proposta dell'avvocato generale, nel caso *Google Spain* ritiene di non doversi pronunciare, avendo già dato soluzione positiva al primo quesito proposto dal giudice del rinvio.

7. L'ART. 3 DELLA PROPOSTA DI REGOLAMENTO DI RIFORMA DELLA DIRETTIVA. IN PARTICOLARE: IL « TARGETING TEST ».

Tanto le conclusioni dell'avv. gen. Jääskinen, quanto la decisione della Corte di giustizia sull'applicabilità territoriale della legislazione nazionale di trasposizione della direttiva non si spiegherebbero senza il riferimento implicito alla proposta della Commissione relativa al regolamento di riforma della disciplina europea del trattamento dei dati personali, destinato a sostituire la direttiva. Tanto i giudici della Corte, quanto l'avvocato generale si riferiscono più volte, infatti, ad un fattore totalmente estraneo all'art. 4 della direttiva, e cioè al fatto che il responsabile del

Connecting Factors Problem, in *Eur. Law Rev.*, 1995, p. 471 ss.; A. GARDELLA, *Diffamazione a mezzo stampa e Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 657 ss.; K. SIEHR, *European private international law of Torts. Violations of privacy and rights relating to the personality*, *ibid.*, 2004, p. 1201 ss.

⁷⁷ Cfr. art. 51, *Ambito di applica-*

zione, par. 2 della Carta, sul quale cfr. Corte di giustizia, 5 ottobre 2010, *McB.*, in causa C-400/10 PPU, in *Racc.*, 2010, p. I-8965 ss., par. 51 e 59; 15 novembre 2011, *Dereci*, in causa C 256/11, *ibid.*, 2011, p. I-11315, par. 71 s.; 8 novembre 2012, *Iida*, in causa C 40/11, non ancora pubbl., par. 78; 26 febbraio 2013, *Akerberg Fransson*, in causa C-617/10, non ancora pubbl., par. 23.

⁷⁸ Conclusioni cit., par. 54.

trattamento « si diriga » a cittadini o residenti nel territorio di uno Stato membro. Questa indicazione è contenuta soltanto nell'art. 3 della proposta della Commissione, nella parte nella quale definisce il campo di applicazione territoriale del nuovo regolamento a responsabili del trattamento non stabiliti nello spazio economico europeo ⁷⁹.

L'art. 3 della proposta di regolamento che, a differenza dell'art. 4 della direttiva, costituisce un'autentica norma uniforme di diritto internazionale privato, di carattere unilaterale ⁸⁰, ripropone lo schema dualistico della direttiva, prevedendo differenti condizioni di applicabilità per i responsabili del trattamento stabiliti in uno Stato membro e per i responsabili non stabiliti. Se il criterio di collegamento per i responsabili del trattamento stabiliti non è stato sostanzialmente modificato (è anche ribadito il requisito che il trattamento venga effettuato « nell'ambito delle attività di uno stabilimento » del responsabile o di un incaricato del trattamento nell'Unione) ⁸¹, il par. 2 dell'art. 3, applicabile ai responsabili del trattamento non stabiliti, è invece del tutto nuovo. Questa disposizione afferma che il regolamento si applica al trattamento di dati personali di soggetti residenti nell'Unione effettuato un responsabile non stabilito « quando le attività di

⁷⁹ Cfr. considerando 136-138 della proposta.

⁸⁰ Infatti, poiché il regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile, sostituisce qualsiasi disposizione differente dell'ordinamento nazionale degli Stati membri. Pertanto, l'affermazione iniziale dell'art. 3, secondo la quale « [il] presente regolamento si applica... » stabilisce in realtà un criterio di collegamento dell'atto in quanto parte di tutto il complesso del diritto nazionale di uno Stato membro. È indiscutibile, quindi, che l'art. 3 costituisca una norma internazionalprivatistica uniforme.

⁸¹ L'art. 3, par. 1 stabilisce che il regolamento si applica innanzitutto al trattamento dei dati personali effettuato « nell'ambito delle attività di uno stabilimento di un responsabile del trattamento o di un incaricato del trattamento nell'Unione », e prevede ancora, al par. 3 dell'art. 3, la medesima eccezione all'applicazione al responsabile del trattamento non stabilito nell'Unione europea relativa al caso « diplomatico » di applicazione della direttiva (v. anche considerando 22). Il criterio di collegamento non è più riferito esclusivamente all'ubicazione dello stabilimento del responsabile del trattamento, come nella direttiva, ma anche, in alternativa, allo stabilimento dell'« incaricato del trattamento », definito all'art. 4, par. 6 della proposta di regola-

mento come « la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che elabora dati personali per conto del responsabile del trattamento ». Cfr. anche l'art. 26, Incaricato del trattamento, e la nozione di nuova introduzione all'art. 24, Corresponsabili del trattamento, che può adattarsi alle nuove figure di intermediari di servizi emerse nella prassi. Per effetto di questa modifica, non è più necessario identificare con precisione il responsabile del trattamento, che in determinate situazioni può essere difficoltoso. Infine, su indicazione del « Gruppo Articolo 29 », che raccomandava di ancorare l'applicazione del nuovo regolamento al principio dello « sportello unico » (« one-stop shop »), identificandolo con il principio del paese di origine (cfr. THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 8/2010 on Applicable Law* cit., p. 15 ss., 29; nonché la comunicazione della Commissione *Salvaguardare la privacy in un mondo interconnesso* cit., p. 9), l'art. 4, par. 13 della proposta introduce la definizione di « stabilimento principale » nell'Unione del responsabile e dell'incaricato del trattamento (art. 51, par. 2 e considerando 27 e 98 della proposta di regolamento), che tuttavia resta senza riscontro nella delimitazione del campo di applicazione territoriale della proposta di regolamento, poiché non è ripresa dall'art. 3.

trattamento riguardano: *a)* l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti residenti nell'Unione, oppure *b)* il controllo del loro comportamento » (così anche i considerando 20 e 21). In tutti questi casi, il principio di origine che era oggetto della lett. *c)* dell'art. 4, par. 1 della direttiva è sostituito da un principio di destinazione o, più precisamente, dal principio di prossimità, considerato che al trattamento dei dati personali sarà applicabile la legge dello Stato membro nel quale sono residenti (o si trovano fisicamente) le persone alle quali sono dirette le offerte commerciali⁸², o nei confronti delle quali sono effettuate azioni di *data tracking*, *data profiling* o *data mining*. Quindi, se il trattamento dei dati personali è relativo a persone residenti nell'Unione, si applica il regolamento anche se il responsabile del trattamento è stabilito in uno Stato terzo, e anche se le operazioni di trattamento sono effettuate tecnicamente al di fuori dello spazio economico europeo, qualora il trattamento riguardi l'offerta di beni o la prestazione di servizi indirizzate a residenti in uno Stato membro dell'Unione, oppure si risolva nel controllare il comportamento *online* delle persone interessate.

Proponendo questo nuovo testo, la Commissione accetta (parzialmente) il suggerimento del « Gruppo Articolo 29 » relativo all'introduzione di un « *targeting test* » per i responsabili del trattamento di dati personali non stabiliti, in vista dello stretto legame esistente tra le richieste relative alla protezione dei dati personali dei cittadini o dei residenti di uno Stato membro e le esigenze di tutela del consumatore nel mercato interno⁸³. Da questo punto di vista, il par. 2 dell'art. 3 avrebbe il vantaggio di allineare sostanzialmente i criteri di determinazione della legge applicabile al trattamento dei dati personali effettuato da prestatori di servizi non stabiliti al criterio dell'« attività diretta con qualsiasi mezzo » al consumatore, *ex art. 6, par. 1, lett. b)* del regolamento « Roma I »⁸⁴, e all'art. 15, par. 1, lett. *c)*, relativo alla competenza giurisdizionale in caso di contratti conclusi da un

⁸² Anche se l'art. 3 non individua chiaramente lo Stato membro la cui legge regolatrice è applicabile: cfr. *Vice-President of the European Commission, EU Justice Commissioner Viviane Reding's intervention in the Justice Council, Brussels - European Commission SPEECH/13/1027* del 6 dicembre 2013.

⁸³ THE ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 8/2010 on Applicable Law cit.*, pp. 15 ss., 29. In questo senso anche L.A. BYGRAVE, *Determining Applicable Law cit.*, p. 257. Anche nel commercio elettronico, la protezione dei singoli relativamente al trattamento dei dati personali è disciplinata esclusivamente dalla direttiva 95/46/CE e

dalla dir. 97/66/CE cit.: l'art. 1, par. 5 della direttiva « commercio elettronico » afferma che la dir. non si applica: « *b)* alle questioni relative ai servizi della società dell'informazione oggetto delle dir. 95/46/CE e 97/66/CE ». Sull'intersezione tra il diritto alla protezione dei dati personali e il commercio elettronico cfr., specificamente, CH. KUNER, *Beyond Safe Harbor: European Data Protection Law and Electronic Commerce*, in *Int'l Lawyer*, 2001, p. 79 ss.

⁸⁴ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (« Roma I »), in *G.U.*, L 177 del 4 luglio 2008, p. 6 ss.

consumatore, contenuto nel regolamento « Bruxelles I », al quale il legislatore si è ispirato per il regolamento « Roma I »⁸⁵. Tuttavia, la proposta della Commissione non coincide completamente né con il regolamento « Roma I », né con il regolamento « Bruxelles I », nemmeno dopo gli emendamenti apposti dal Parlamento europeo in prima lettura, che anzi hanno avuto l'effetto di allontanarla ulteriormente dal modello originario. Di conseguenza, la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla lett. c dell'art. 15, par. 1 del regolamento Bruxelles I, in particolare le sentenze nei casi *Pammer* e *Wintersteiger*⁸⁶, non troverebbero piena applicazione al « *targeting test* » per i responsabili del trattamento non stabiliti, con la conseguenza che potrebbero verificarsi ancora dei vuoti nella tutela del consumatore residente nell'Unione europea, dal punto di vista del trattamento dei dati personali.

Tuttavia, tra gli emendamenti già apposti dal Parlamento europeo al testo dell'art. 3, par. 2 c'è, in particolare, una precisazione non superflua, tenendo conto proprio della sentenza *Google Spain*, e cioè l'indicazione secondo la quale il « *targeting test* », nella parte relativa all'offerta di beni o alla prestazione di servizi agli interessati nell'Unione europea, è applicabile « indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato »⁸⁷: pertanto, non avrebbe alcun rilievo, ai fini del « *targeting test* », il fatto che le attività dell'operatore economico siano offerte a

⁸⁵ Cfr., sul punto, P. PIRODDI, *La tutela del contraente debole nel regolamento Roma I*, Padova, 2012, spec. p. 156 ss.

⁸⁶ Corte di giustizia, 7 dicembre 2010, *Pammer e Hotel Alpenhof*, nelle cause riunite C-585/08 e C-144/09, in *Racc.*, 2010, p. I-12527 ss., par. 93; 19 aprile 2012, *Wintersteiger*, in causa C-523/10, non ancora pubbl. Sulla sentenza *Pammer* cfr., per tutti, V. PIRONON, *Dits et non-dits sur la méthode de la focalisation dans le contentieux - contractuel et délictuel - du commerce électronique*, in *Chunet*, 2011, p. 915 ss.; M. BOGDAN, *Website Accessibility as a Basis for Jurisdiction under Art. 15(1)(C) of the Brussels I Regulation: Case Note on the ECJ Judgment Pammer and Alpenhof*, in *Yearbook Priv. Int. Law*, 2010, p. 565 ss. Sulla sentenza *Wintersteiger*, cfr. B. CLARK, *Off piste? ECJ Decides Austrian Supreme Court's "Adwords" Jurisdiction Question in Wintersteiger*, in *Journ. Intell. Property. Law Pract.*, 2012, p. 701 ss.

⁸⁷ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 12 marzo 2014 cit. L'introduzione di questa modifica è presumibilmente legata alla definizione di « servizi della società dell'informazione » come

« qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi », effettuata dall'art. 2, lett. a) della direttiva commercio elettronico, che rinvia all'art. 1, n. 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 98/34/CE del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione (in *G.U.*, L 204 del 21 luglio 1998, p. 37 ss.), quale modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 98/48/CE del 20 luglio 1998 (in *G.U.*, L 217 del 5 agosto 1998, p. 18 ss.). Cfr. anche il testo emendato del considerando 20. Il Parlamento europeo ha inoltre esteso in prima lettura la portata dell'art. 3, par. 2 della proposta della Commissione ai casi di trattamento effettuato non soltanto da un responsabile, ma anche da un « incaricato del trattamento » non soltanto nei confronti delle persone residenti in uno Stato membro, ma più in generale nei confronti degli « interessati nell'Unione »; infine, ha ampliato la sua applicabilità non soltanto al controllo del « comportamento » degli interessati, ma di-

titolo gratuito invece che dietro compenso, nel momento in cui si « dirigono » a interessati cittadini o residenti nell'Unione europea. Questo conferma che i requisiti richiesti per l'applicazione territoriale della disciplina europea di protezione dei dati personali sono soddisfatti se sono state create le *condizioni tecniche necessarie* per la risposta da parte dei soggetti destinatari di un'offerta di beni o di servizi, a prescindere dalle condizioni economiche dell'offerta stessa.

L'art. 3, par. 2 della proposta di regolamento è in grado di ridurre fortemente l'esorbitante ambito di applicazione della legislazione nazionale degli Stati membri, tuttora consentito dall'art. 4, par. 1, lett. c della direttiva. Peraltro, il nuovo regolamento dovrebbe continuare ad applicarsi a prescindere dal fatto che i dati personali siano raccolti e trattati al di fuori dello spazio economico europeo⁸⁸, precauzione che continua ad essere necessaria per disincentivare la delocalizzazione in Stati terzi degli stabilimenti preposti alle operazioni tecniche di trattamento dei dati, e il conseguente rischio di elusione della disciplina europea tramite *forum shopping*.

Abstract

In Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González, the Court of Justice interpreted, for the first time since the entry into force of the data protection directive, the connecting factors that determine the applicability of the directive to processing of personal data for EU member States. On account of the fundamental scope of the right to personal data protection, the Court of justice decided on extensive interpretation, therefore declaring that the search engine activities provided by Google Inc., which is established in the United States, are covered by the data protection directive, because of the establishment of a subsidiary of Google Inc. in the territory of a EU member State. This conclusion, which seems to be based on defective reasoning, allows an

rettamente al « controllo degli interessati nell'Unione ». La tendenza ad estendere l'applicabilità del regolamento consegue, ancora una volta, al carattere fondamentale del diritto alla protezione dei dati personali.

⁸⁸ Inoltre, nel caso dell'art. 3, par. 2, un responsabile del trattamento non stabilito nell'UE avrà ancora l'obbligo di designare un rappresentante nell'UE, fatte salve le azioni che potrebbero essere promosse contro lo stesso responsabile del trattamento: v. art. 25 della proposta di re-

golamento. Perplexità sul carattere eccessivamente restrittivo dell'art. 3, par. 2 della proposta sono state espresse nel « Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati, doc. COM(2012)11 def. 2012/0011 (COD) », doc. 2012/C 229/17, in *G.U.*, C 229 del 31 luglio 2012. p. 90 ss., par. 4.5.

exorbitant reach of Member States' laws under the directive, and may obstruct access to the internal market for leading IT services providers that are established outside the EU territory. This judgment will arguably accelerate final approval of the long-awaited modernization of the data protection directive, that the Commission proposed in 2012, with a view to reform particularly the connecting factors determining the applicable law to the processing of personal data for EU member States.