Di Cerbo A, 'Il corrispettivo dei servizi digitali: i dati personali' (2021) 2 EJPLT,
Available at: www.ejplt.tatodpr.eu

EJPLT
ISSN 2704-8012



Il corrispettivo dei servizi digitali: i dati personali

The cost of digital services: personal data

ANTONELLA DI CERBO
Ph.D. (c) in Private Law at Università degli Studi del Sannio
ORCID

Abstract

L'articolo descrive il passaggio dei dati personali da elemento contrattuale accessorio a core business dei modelli economici delle principali Big Tech. Il tema dominante è l'urgenza di una regolamentazione puntuale delle fattispecie contrattuali di cessione dei dati personali. Tale urgenza è posta in evidenza attraverso l'analisi della sentenza n.2631/ 2021 del Consiglio di Stato e della questione pregiudiziale (Causa C-446/21) recentemente sollevata dalla Corte Suprema austriaca, nonché dall'esame degli attuali schemi di remunerazione del consenso.

The article describes the transition of personal data from an accessory contractual element to a core business of the economic models of Big Tech. The dominant theme is the urgency of a precise regulation of the contractual cases of transfer of personal data. This urgency is highlighted through the analysis of the ruling n.2631/ 2021 of the Council of State, and of the preliminary ruling (Case C-446/21) recently raised by the Austrian Supreme Court, as well as through the study of the current schemes of remuneration of consent.

© The author(s) 2022, published by Suor Orsola University Press. This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: consumatori; privacy; dati personali; Big tech; commerciabilità dei dati; capitalismo della sorveglianza.

Summary: Introduzione. – 1. I primi passi verso il riconoscimento della commerciabilità dei dati personali. – 2. La disciplina applicabile allo scambio dei dati personali ceduti a titolo di corrispettivo. Alla ricerca del riequilibrio del sinallagma. – Conclusioni.

Introduzione.

Da più di un decennio i principali modelli di business delle più importanti Big Tech, anche dette GAFAM[1], si basano sulla raccolta e sull'analisi dei dati degli utenti. La sociologa e docente di Harvard Shoshana Zuboff[2], autrice del libro considerato un classico dell'economia sociale «Il capitalismo della sorveglianza», [3] ben spiega la peculiarità di questa forma di capitalismo estrattivo che, a differenza di quello tradizionale, mantiene un rapporto di riconoscimento e di interdipendenza con la sua popolazione di consumatori, approfittando della loro mancanza di consapevolezza e controllo sui meccanismi tecnologici che utilizzano e alimentano. I pilastri del potere delle grandi imprese dell'ICT [4] concernono: infrastrutture tecnologiche, sistemi algoritmici dotati di enorme potenza di calcolo, piattaforme digitali, ma soprattutto forme contrattuali che permettono l'estrazione e l'analisi di una enorme quantità di dati.

Gli utenti sono la principale fonte di questi dati e la loro vita *onlife*[5] è al cuore del progetto di sorveglianza commerciale.

Originariamente il trattamento dei dati personali era un'attività accessoria rispetto alla causa ed all'oggetto principali del contratto. Il merito di aver intuito le potenzialità dei dati raccolti nel contesto della fornitura dei servizi è attribuito dalla Zubuff ad Amit Patel. Il giovane ingegnere di Alphabet laureato a Standford è stato il primo ad aver intuito che i dati estraibili dalle attività di Google sono un rilevatore del comportamento umano utile a trasformare un motore di ricerca come Google Search in una intelligenza artificiale onnicomprensiva.

Oggi l'ecosistema digitale è popolato dalle offerte di servizi e prodotti finalizzati esclusivamente alla raccolta dei dati. Gli operatori digitali offrono servizi senza richiedere un corrispettivo in denaro ma il solo consenso dell'utente al trattamento dei propri dati personali. Questi ultimi sono in parte necessari per la fornitura del servizio richiesto ed in parte, il c.d. surplus comportamentale, utilizzati per soddisfare scopi ulteriori.

---

[1] L'acronimo GAFAM, spesso usato in una connotazione negativa, indica le 5 maggiori multinazionali dell'IT occidentali: Google, Apple, Facebook (Meta), Amazon, Microsoft. Fonte: Wikipedia.

[2] Shoshana Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri,* Luiss University Press, Ottobre 2019

[3] *James Bridle, The Age of Surveillance Capitalism by Shoshana Zuboff review – we are the pawns, in The Guardian, 2 February 2019,* ISSN *0261-3077 . Consultabile su: www.theguardian.com.*

[4] L'acronimo sta per I*nformation and Communications Technology.*

[5] *Il neologismo onlife è stato creato da Luciano Floridi professore ordinario di Filosofia ed Etica dell'informazione all'Università di Oxford e direttore del Digital Ethics Lab e del Data Ethics Group dell'Alan Turing Instituite.*
Il termine onlife indica la natura ibrida delle nostre esperienze quotidiane, in parte digitali ed in parte analogiche.

Si tratta di schemi economici in cui è insito il rischio di un mondo in cui solo i ricchi possano scegliere di tutelare la propria sfera di riservatezza, o in cuii già ricchi ottengano più di chiunque altro per lo scambio dei loro dati personali.

Tuttavia, nonostante tali timori, una lettura in termini patrimoniali dei dati personali è oggi imprescindibile.

1. I primi passi verso il riconoscimento della commerciabilità dei dati personali

Con la sentenza n.2631/ 2021[6] il Consiglio di Stato ha accolto, per la prima volta, l'approccio negoziale ed ammesso l'applicabilità della disciplina consumeristica alla cessione dei dati personali in cambio di un servizio digitale. I giudici di Palazzo Spada hanno riconosciuto la complementarità della disciplina dettata dal D.lg. n.206/2005 (Codice del consumo) rispetto al Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (RGPD) [7] sottolineando come le discipline abbiano lo scopo di garantire tutele multilivello a salvaguardia dei diritti delle persone fisiche. Questa interpretazione liberista è rintracciabile anche nelle norme in materia di data protection; i considerandi 4 e 13 del RGPD riconoscono il valore economico dei dati personali e ne promuovono la libera circolazione ed il considerando 47 dello stesso regolamento definisce legittimo il trattamento di dati personali per finalità di marketing, purché effettuato nel rispetto dei principi generali.

Analogamente, il legislatore comunitario riconosce apertamente che la Direttiva (UE) 2019/770 debba essere applicata ai contratti in cui «l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuti digitale o servizi digitali al consumatore ed in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali[8],».

Preso atto dell'affermazione di questo approccio liberista e realista, è indispensabile stabilire l'inquadramento giuridico di simili schemi negoziali, in primis comprendere quando il trattamento dei dati personali in cambio di servizi possa definirsi lecito ai sensi dell'articolo 6 del RGPD. Nella recente domanda di pronuncia pregiudiziale ex articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)[9] proposta dalla Corte suprema

---

[6] C.St., 29.03.2021, n.02631, in Giust. amm., 2021 Consultabile online: https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/nodeRef=&schema=cds&nrg=202001825&nomeFile=202102631_11.html&subDir=Provvedimenti

[7] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016. Consultabile online: https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Regolamento+UE+2016+679.+Arricchito+con+riferimenti+ai+Considerando+Aggiornato+alle+rettifiche+pubblicate+sulla+Gazzetta+Ufficiale++dell%27Unione+europea+127+del+23+maggio+2018.pdf/1bd9bde0-d074-4ca8-b37d-82a3478fd5d3?version=1.9

[8] Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali. Considerando 24. Consultabile online: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770&from=RO

[9] CGUE, Causa C-446/21, *Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia* *Consultabile online:* https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=64B83BFDB1EBD567BBA7CF4639CCEDD3?text=&docid=247308&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9367110

austriaca alla Corte di giustizia europea è stata sollevata la questione relativa alla base giuridica legittimante il trattamento dei dati personali degli utenti del social network Facebook utilizzati per le finalità di pubblicità comportamentale e personalizzazione dei contenuti. In tale contesto il social ha invocato l'applicazione del fondamento di liceità di cui all'articolo 6 paragrafo 1, lettera b) del RGPD: il trattamento sarebbe necessario per l'esecuzione del contratto in quanto pilastro fondamentale dell'accordo concluso dalle parti in causa. Viceversa, il giudice del rinvio, richiamando le Linee guida 2/2019 del Comitato europeo per la protezione dei dati personali (EDPB)[10], sostiene che l'articolo 6 paragrafo 1, lettera b) del RGPD non sia una base giuridica adeguata per tracciare i profili dei gusti e delle scelte di stile di vita degli utenti, in quanto rappresenta un trattamento che va ben al di là di quanto oggettivamente necessario per l'esecuzione di un contratto e della legittima aspettativa dell'interessato. Seguendo questa visione, peraltro accolta anche dalla scrivente, per tali attività di trattamento andrebbe preferita la base giuridica del consenso di cui all'articolo 6 paragrafo 1, della lettera a) del RGPD.

Ne consegue il ruolo strategico del consenso al trattamento dei dati personali la cui operatività dovrà essere valutata anche alla luce di ulteriori condizioni di liceità e, soprattutto, la cui natura dovrà essere mantenuta distinta dal consenso contrattuale, ancorché ad esso collegata[11].

2. La disciplina applicabile allo scambio dei dati personali ceduti a titolo di corrispettivo. Alla ricerca del riequilibrio del sinallagma

Prescindendo dalle singole attività di trattamento poste in essere dal titolare e dalle relative basi giuridiche che le legittimano ed in attesa della pronuncia dei giudici di Lussemburgo, l'operazione economica che ha come oggetto lo scambio di dati personali in cambio di servizi digitali corrisponde ad uno schema contrattuale, al momento, non tipizzato dai legislatori comunitario e nazionale.

L'assenza di una disciplina specifica ha consentito, negli ultimi anni, l'affermazione sul mercato di schemi di remunerazione del consenso al trattamento dei dati personali basati sull'offerta di piattaforme digitali dedicate alla gestione ed allo sfruttamento economico dei dati. Le piattaforme, in qualità di mediatore, si assumono il compito di negoziare gli accordi con i provider stabilendo l'erogazione di compensi in denaro ovvero in altre forme. L'infomediario opera su delega degli interessati, acquisendo direttamente i dati da altre società (è il modello promosso da Hoda srl con il servizio denominato Wepeople[12]), o offrendo strumenti che consentono loro di gestire autonomamente le impostazioni relative ai propri dati personali.

---

[10] *European Data Protection Board* - Linee guida 2/2019 sul trattamento dei dati personali ai sensi dell'articolo 6, paragrafo1, lettera b), del regolamento generale sulla protezione dei dati personali nel contesto della fornitura dei servizi online agli interessati.

[11] A. Spatuzzi, *Contratto di fornitura di servizi digitali e ruolo del consenso al trattamento dei dati personali,* Notariato 4/2021 – Argomenti Privacy

[12] Dati in cambio di soldi: il Garante privacy porta la questione in Europa. Sotto la lente dell'Autorità la app "Wepeople", 1.08.2019. Consultabile online: https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9126709

Si tratta di schemi di remunerazione al momento sotto osservazione da parte delle autorità europee di protezione dei dati personali, in quanto palesano una visione in cui i dati della persona sono concepiti come mera merce di scambio a detrimento dei suoi diritti fondamentali.

Tali schemi negoziali raccontano un'evidente deriva a cui porre degli argini e palesano l'urgenza di un intervento legislativo volto a disciplinare queste fattispecie normative. La tipizzazione di un contratto tipo di cessione dei dati personali ne permetterebbe la commercializzazione, subordinandola a condizioni più o meno stringenti a seconda del caso concreto. [13] Il consumatore disporrebbe degli strumenti di tutela tipici delle discipline contrattualistica e consumeristica: rimedi volti a garantire l'equilibrio del sinallagma contrattuale, norme relative all'esatto adempimento, norme in materia di clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette, riduzione adeguata del prezzo o risoluzione del contratto.

Inoltre, al netto delle norme dettate dal codice del consumo e dal codice civile, le parti saranno tenute al rispetto delle disposizioni in materia di data protection: la definizione del ruolo dei contraenti, delle finalità del trattamento e dei tempi di conservazione dei dati personali, individuazione delle misure tecniche ed organizzative.

Ai fini della valutazione dei contratti di cessione dei dati e dell'equità giuridica dello scambio sarebbe fondamentale obbligare i titolari del trattamento ad informare gli interessati circa il valore economico attribuito ai loro dati, come proposto di recente negli USA[14].

Conclusioni.

Dall'analisi condotta emerge il bisogno urgente di una regolamentazione puntuale delle fattispecie contrattuali di cessione dei dati personali che si stanno affermando sul mercato.

Purtroppo il legislatore è spesso in ritardo, data la crescente insorgenza di nuovi business e del loro impatto sulla vita delle persone ma, una volta superato l'orientamento che escludeva la commerciabilità dei dati personali, ostacolando di fatto l'adozione di una soluzione, si spera che il cammino sia meno impervio ed i tempi di percorrenza più celeri.

Insieme a celeri interventi normativi sono poi auspicabili soluzioni dal basso in grado di riequilibrare l'attuale sistema. È indispensabile un atto di autodifesa digitale da parte di tutti gli utenti che consenta loro di riappropriarsi, almeno in parte, della forza contrattuale e con essa del controllo dei dati.

---

[13] G. d'Ippolito, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale,* Il diritto dell'informazione e dell'informatica Anno XXXV Fasc. 4 – 2020 ISSN 159-5795-
I. Speziale, *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione, riv.* Contratto e impresa n.2/2021

[14] Warner & Hawley introduce Bill to force Social Media Companies to disclose how they are monetizing user data. Consultabile on line https://www.warner.senate.gov/public/index.cfm/2019/6/warner-hawley-introduce-bill-to-force-social-media-companies-to-disclose-how-they-are-monetizing-user-data ; Senators Want Facebook to Put a Price on Your Data. Is That Possible? Consultabile su https://www.wired.com/story/senators-want-facebook-price-data-possible/